

## 和仏法律学校講義録

著者	富井 政章, 掛下 重次郎, 志田 友吉, 松岡 義正, 岡 實, 山田 三良
出版者	和佛法律學校
巻	3-7
ページ	1-55
発行年	1902-02-15
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10114/5345">http://hdl.handle.net/10114/5345</a>

(明治三十四年十一月十四日第三種郵便物認可 毎月二回  
明治三十五年二月十五日發行)

三十五年度 第三學年

# 和佛法律學校講義錄

和佛法律學校發行

第七號

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 3 4 5 6 7 8 9 20 1 2 3

### 第三學年第七號目次

民法物權	自第七章(自三五)至第十章(至四二五)	法學博士 富井 政章
民法相續	(自一九一)至(二〇四)	法律學士 掛下重次郎
商法手形	(自七九)至(九二)	法學士 志田友吉
破産	法(自一六)至(一七)	法學士 松岡義正
行政	法(自一七)至(一九八)	法學士 岡 實
國際私法	(自六五)至(八〇)	法學士 山田 三 良

### 雜報

○流抵當契約 ○徵兵猶豫ト學士號 ○内外論叢ト國際法雜誌 ○明治法學會ノ論文募集

ノ意思ヲ以テ債權者ノ有スル擔任ヲ變更スルコトヲ得ル譯デアル此變例ヲ設ケタ理由ハ留置權ナルモノハ雙方ニ取ツテ甚ダ不便ラ感ズベキ權利デアル、即チ債權者ニ於テハ留置物ヲ占有スル權利ヲ有スルノミデアラ、之ヲ使用スルコトモ收益スルコトモ出來ナイ、加之善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ之ヲ保存セザバナラス煩累ガアル、債務者ニ於テモ其占有ヲ有セザルガ故ニ自ラ使用スルコトモ又他人ニ使用セシメテ收益スルコトモ擔保ニ供シテ金ヲ借ルコトモ總テ爲スコトヲ得ザル譯デアル、即チ財産ノ流通改良及ビ利用ヲ妨グル所ノモノデアアル、經濟上甚ダ妙ナラザル制度ト謂ハチバナラス、債權者ニ於テハ何か他ニ相當ノ擔保ト爲ルベキ利益ヲ受ケサヘスレバ留置物ノ占有ヲ繼續スルニ正當ノ理由ヲ有セナイ、其レ故ニ此制限ヲ設ケラレタ譯デアリマス、相當ノ擔保トアルガ故ニ質權又ハ抵當權ヲ設定スルコトハ勿論、辨濟ヲ爲スニ足ルベキ資力アル保證人ヲ立ツル如キモ固ヨリ有效デアル、獨逸民法ニモ同一規定ヲ設ケテアリマスガ保證ニテハ不十分ナリトシテ必ズ物上擔保ヲ供スルコトヲ必要トシテアタト思ヒマス

090  
1902  
3-17

第三學年第七期目次

民法物權	民法債權	民法親屬	民法繼承	民法訴訟	行政法	刑法	民法私法
民法債權	民法親屬	民法繼承	民法訴訟	行政法	刑法	民法私法	
民法債權	民法親屬	民法繼承	民法訴訟	行政法	刑法	民法私法	
民法債權	民法親屬	民法繼承	民法訴訟	行政法	刑法	民法私法	
民法債權	民法親屬	民法繼承	民法訴訟	行政法	刑法	民法私法	
民法債權	民法親屬	民法繼承	民法訴訟	行政法	刑法	民法私法	
民法債權	民法親屬	民法繼承	民法訴訟	行政法	刑法	民法私法	
民法債權	民法親屬	民法繼承	民法訴訟	行政法	刑法	民法私法	
民法債權	民法親屬	民法繼承	民法訴訟	行政法	刑法	民法私法	
民法債權	民法親屬	民法繼承	民法訴訟	行政法	刑法	民法私法	

ノ意思ヲ以テ債權者ノ有スル擔任ヲ變更スルコトヲ得ル譯デアル  
此變例ヲ設ケタ理由ハ留置權ナルモノハ雙方ニ取テ甚ダ不便ヲ感ズベキ權利  
デアル即チ債權者ニ於テハ留置物ヲ占有スル權利ヲ有スルノミデアラシ之ヲ使  
用スルコトモ收益スルコトモ出來ナイ加之善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ之ヲ  
保存セテハナラズ頻累ガアル債務者ニ於テモ其占有ヲ有セザルガ故ニ自ラ使  
用スルコトモ又他人ニ使用セシメテ收益スルコトモ擔保ニ供シテ金ヲ借ルコ  
トモ總テ爲スコトヲ得ザル譯デアル即チ財産ノ流通改良及ビ利用ヲ妨グル所  
ノモノデアアル經濟上甚ダ妙ナラザル制度ト謂ハキハナラズ債權者ニ於テハ何  
カ他ニ相當ノ擔保ト爲ルベキ利益ヲ受ケサヘスレバ留置物ノ占有ヲ繼續スル  
ニ正當ノ理由ヲ有セナイ其レ故ニ此制限ヲ設ケラレタ譯デアリマス  
相當ノ擔保トアルガ故ニ質權又ハ抵當權ヲ設定スルコトハ勿論辨濟ヲ爲スニ  
足ルベキ資力アル保證人ヲ立ツル如キモ固ヨリ有效デアル獨逸民法ニモ同一  
規定ヲ設ケテアリマスガ保證ニテハ不十分ナリトシテ必ズ物上擔保ヲ供スル  
コトヲ必要トシテアタト思ヒマス

民法物權 留置權ノ擔保



## 第八章 先取特權

## 第一節 總則

先取特權トハ民法其他ノ法律ノ規定ニ依テ或種類ノ債權ヲ有スル者ガ其債務者ノ一般又ハ特定ノ財産ニ付イテ他ノ債務者ニ優先シテ辨濟ヲ受タル權利ヲ謂フ第三〇三條

此定義ニ依レバ先取特權ハ債權ノ性質ニ基ク優先權デアル、特約ニ因ルモノデナクシテ法律上當然或債權者ニ屬スル權利デアル、即チ共同擔保ノ原則ニ對スル一ノ變例デアルニ由テ特ニ法律ニ定メタ債權者ニ限ラ之ヲ有スル譯デアル、又其適用ノ範圍モ法律ニ定ムル所ニ超エルコト能ハザルモノデアリマス、故ニ民法第三百三條ハ「本法其他ノ法律ノ規定ニ從ヒ云云」テ法律ノ規定以外ニ存在スルコトヲ得ザル權利タルコトヲ示シタルモノト解セチバナラス、抑モ先取特權ナル制度ヲ設ケラレタ所以ハ法律ニ依テ特ニ或債權者ヲ保護スル必要アリト認メタルニ由ルモノデアル、而シテ其效力ハ第三者ノ權利ニ影響

スルコト極メテ大ナルモノデアル故ニ公益ニ基ク制度ト謂ハチバナラス、即チ先取特權ニ關スル規定ハ一般ニ強行的ノモノト解セチバナラス、當事者ニ於テ隨意ニ先取特權ヲ設定スルコトヲ得ザルハ言フマデモナク特ニ法律ニ定メタ債權モ其人ニ屬スル權利デアルガ故ニ其債權者ニ於テ縱ニ之ヲ處分シテ他ノ債權ニ移スコトヲ得ナイ、此點ハ質權及ビ抵當權ト全ク相異ナル所デアリマス、先取特權ハ債權ノ性質上當然或債權者ニ屬スルモノデアラ、其目的物ノ占有ヲ必要トセナイ、此點ハ留置權及ビ質權ト相異ナル所デアリマス、新民法ハ舊民法其他佛法系ノ立法例ニ倣テ之ヲ以テ一ノ獨立ナル物權トシタ、是ハ果シテ正當ノ見解デアルヤ疑ナキコトヲ得ナイ、殊ニ一般ノ先取特權ニ付イテハ其疑ガアル、佛蘭西ノ學者ハ之ヲ以テ一ノ物權トスルト其ニ又之ヲ目シテ債權ノ形狀ト云フチ居ル、即チ法律上當然或債權ニ附著スル所ノ效力ト視テ譯デアルト思ス、然ルニ先取特權ハ一ノ獨立ナル物權ト視ルヨリモ債權者數人ガ辨濟ヲ爭フ場合ニ現ハルル所ノ債權ノ優先的效力デアルト思フ、然レドモ是ハ實際民法ノ適用ニ關係ナキコトデアルニ因テ詳シクハ論ジマセズ、舊民法ニ對シテハ實

我民法ハ佛蘭西法系ニ倣フテ數多ノ先取特權ヲ認メタ、是ハ立法問題トシテ甚ダ宜キヲ得ザルコトカト思フ、立法ノ趣意ハ固ヨリ債權者間ニ公平ヲ保シテ、欲シタルニ在ルハ言フマデモナク、即チ各種ノ先取特權ニ對シテ何レモ應イ理由アルコトハ認メテ置ナクモ、然レドモ之ガ爲メニ債權者間ニ優劣ノ差等ヲ立ツルト云フコトハ甚シイ異例デアアルト謂ハチバナラス、凡ソ如何ナル債權者ト雖モ其債權ヲ生ジタ原因ガ無効デナイ限ハ何レモ適法ノ理由ニ因テ成立スルモノデアアル、然ルニ其間ニ多少保護スベキ程度ヲ異ニスル爲メニ此ノ如キ變例ヲ設ケルコトハ實際ノ公平如何ハ姑ク別問題トシテ實行上甚シイ煩雜ヲ生ズルコトデアアル、破産其他債務者ノ財産ニ付イテ總清算ヲ行フ場合ニハ此ノ如クニ數多キ先取特權者アル爲メニ殊ニ一般ノ先取特權ノ如キ範圍ノ廣ク優先權アル爲メニ非常ナル混雜ヲ來シテ清算ノ圓滑ニ行ハルルヲ妨グルコト少カラスト思フ、尤モ新民法ハ舊民法ニ比スレバ二三ノ先取特權ヲ省イテ何程カ簡ニ爲テ居ル、然レドモ一般ノ任組ニ付イテ言ヘバ變ハルコトハナク、是ハ佛蘭西ニ於テモ近來有力ナル學者ハ此制度ヲ以テ既ニ腐朽シテ惡法ト言フテ居ル位デア

ル、獨逸法ニ於テハ此ノ如キ物權ハ認メテナイ、唯破産ノ場合ニ質權者ノ如キ特別擔保ヲ有スル者ノ別除權ヲ認メテアルノミデアリマス、要スルニ先取特權ノ制度ハ實際極メテ不便ナルモノデアアルニ由テ將來必ズ改正セラルルニ至ラチナバラスモノト信スマス、然レドモ此點ハ其目的物ノ代價人上ニ行ハルル優先權デアアル然レドモ此權利ハ一ノ物權デアアルニ由テ第三取得者ニ對シテ追及權ヲ生ズルコトト爲ル、然レドモ此點ニ付イテハ後ニ述ブル如ク法律ハ一般取引ノ安全ヲ維持スル爲メニ著シク先取特權ノ效力ヲ制限シテ居リマス、然レドモ此點ハ先取特權ノ目的物ガ滅失シタル場合ニハ先取特權ハ當然消滅スベキ道理デアリマス、ガ一旦或債權者ヲ保護スル必要アルニ因テ此權利ヲ認メタ以上ハ單ニ目的物ガ滅失シタル場合ニハ如何トモ方法ハナイガ、若シ其目的物ガ金錢又ハ之ヲ目的トスル債權ニ變ジタル場合ニハ便宜上先取特權ヲ消滅セシメズシテ其對價ノ上ニ存在スルモノト定メラレマシタ、即チ民法ガ先取特權ノ目的ノ範圍ヲ擴ムル規定ヲ設ケタ(第三〇四條例)ハ先取特權ノ目的物ヲ毀損シタ者ガ債務

者ニ拂フベキ損害賠償金ノ上ニ存在スルコトト爲リマス、第三百四條ノ規定ハ、種メテ汎博デアル故ニ先取特權ノ目的物ガ火災保險ニ附シテアテ燒失シタ場合ニハ保險金ノ上ニ行ハルルコトト爲リマス、此點ニ付イテハ舊民法及ビ舊民法等ニ規定ガ缺ケテ居マス

## 第二節 先取特權ノ種類

先取特權ニ關シテハ研究スベキ重要ナルコトガ二ツアリマス、第一ハ如何ナル種類ノ債權ガ先取特權ニ依テ擔保セラレルヤ、即チ先取特權ノ原因如何ト云フ問題デアリマス、第二ハ先取特權ハ債務者ノ如何ナル財産ノ上ニ行ハルルヤ、換言スレバ先取特權ノ目的如何ト云フ問題デアリマス、此兩問題ハ先取特權ニ關スル法理ノ經緯ヲ成スモノデアツテ即チ之ニ基イテ一切ノ事項ヲ研究スベキ譯デアリマス、民法ハ先取特權ノ種別ヲ定ムルニ當テハ其目的ノ方面ヨリ觀察シテ之ヲ一般ス先取特權ト特別ノ先取特權トニ區別シタ、更ニ特別ノ先取特權ヲバ動産ノ先

取特權ト不動産ノ先取特權トニ區別シテアル、然レドモ其各種別中ニ於テ更ニ各種ノ先取特權ノ名稱ヲ定ムルニ當テハ其原因ノ上ヨリ觀察シテ或ハ其益費用ノ先取特權ト云ヒ、或ハ不動産質貸ノ先取特權ト云フ如キ先取特權ニ依テ擔保セラレル債權ノ發源ニ重キヲ置イテ規定ヲ爲シテアリマス

### 第一款 一般ノ先取特權

一般ノ先取特權トハ債務者ノ總財産ノ上ニ存スルモノヲ謂フ(第三〇六條)總財産トアルガ故ニ有體物ニ限ラナイ、苟モ財産權デアル以上ハ一切ノ權利ヲ包含スルモノト解セテバナラス、即チ今日ノ實際ニ付イテ言ヘバ株式公債ノ如キ債權ノ如キモ此規定ニ依テ一般先取特權ノ目的ト爲ルコトハ疑ナキ所デアリマス、之ニ付イテ考フルモ物權ヲ以テ有體物ヲ目的トスル權利ト看ルノ失當ナルコトハ明カデアル、然レドモ是ハ此場合ニ限ラナイ、他ノ物權ニ付イテモ立法者ハ數多ノ變例ヲ設ケテ居ルコトハ諸君ノ了知セラルル所デアルト思フ、故ニ此批難ハ、特ニ先取特權ニ付イテ爲スコトヲ止メマス

一般ノ先取特權ハ四ツノ原由ヨリ生ズル債權ヲ有スル者ニ屬ス其レハ共益ノ費用ヲ出シタルコト葬式ノ費用ヲ出シタルコト雇人ガ給料ヲ支拂フ受ケザルコト及ビ日用品ノ供給者ガ其供給品ノ支拂ヲ受ケザルコトデアリマス第三〇六條(付トキモ)ニ依リテ先取特權ハ一先取特權ノ爲メニ爲シタル債務者ノ財產ノ保存清算又ハ改良ニ關スル費用ニ付イテ存スルモノヲ謂フ(第三〇七條第一項例ヘバ債務者ノ爲メニ時效ヲ中斷シタトカ或ハ登記ヲ爲シタト云フ如キコトヲ謂フ債權ノ實行トシテ訴訟ヲ爲シタル如キハ最モ著シイ例デアアル此等ノ行爲ハ要スルニ總債權者ノ事務管理ヲ爲シタルモノデアアル即チ總債權者ノ利益ト爲ル行爲ヲ爲シタルモノデアラテ他ノ債權者ハ之ニ由テ其權利ヲ保存スルコトヲ得テ譯デアアル故ニ此先取特權ハ一切ノ先取特權中ニ於テ後ニ説明スル如ク最先順位ヲ占ムルモノトシテアリマス其レ故ニ又其利益ヲ受ケタル債權者ニ對シテノミ此效力アルモノデアアル例ヘバ其行爲ヲタ後ニ債權者ト爲ラタ者ノ如キハ何等ノ利益モ受ケザリシ故ニ此先取特權ニ因テ損害ヲ被ルコトモ

有スル彼ノ法定ノ推定家督相續人ト雖モ正當ノ事由アルトキハ之カ廢除ヲ爲スコトヲ許スヲ以テ第一種推定家督相續人ニ付テモ正當ノ事由アルトキハ順序ヲ變更シ又ハ之カ選定ヲ爲ササルコトヲ得セシメサルヘカラス而シテ從來ノ慣例ニ依ルモ此等ノ者ヲシテ家督相續ヲ爲サシムルコトハ總テ親族ノ協議ニ任シタルモノニシテ總令推定若クハ指定ノ家督相續人ナキ場合ト雖モ必スシモ前條ニ列舉シタル者ノ中ヨリ之ヲ選定セサルヘカラスト爲シタルモノニ非ス隨テ此等ノ者ノ間ニ於ケル家督相續ノ順位ノ如キモ敢テ一定セシモノニ非ス故ニ本法ハ前條ニ於テ法律上ノ通則トシテ法定又ハ指定ノ家督相續人ナキ場合ニ對シ家督相續人ノ選定ニ付キ相當ノ範圍及ヒ一般ノ順序ヲ規定シタリト雖モ之ヲ以テ絕對ノ規定ト爲サスシテ本條ノ例外規定ヲ設ケ實際ノ事情ト從來ノ慣例ニ適セシメタル所以ナリ然レトモ選定權ヲ有スル者カ本條ノ權利ヲ濫用スルトキハ既ニ家督相續人ノ選定ノ範圍及ヒ其順序ヲ設ケタル立法ノ本旨ニ悖ルヲ以テ選定者カ本條ノ權利ヲ行使スルニハ正當ノ事由存シ且裁判所ノ許可ヲ受ケルコトヲ要スルモノト爲シ前條ノ規定ニ從ヒテ選定セラル

ヘキ者ノ利益ヲ保護シタリ。第九百八十四條 第九百八十二條ノ規定ニ依リテ家督相續人タル者ナキトキハ家ニ在ル直系尊屬中親等ノ最モ近キ者家督相續人ト爲ル但親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ男ヲ先ニス(舊民法財産取得編第三〇三條)

尊族家督相續人ハ家督相續人五種中第四種ニ屬スルモノニシテ法定及ヒ指定ノ家督相續人ナク且第一種選定家督相續人ナキカ又ハ皆拋棄ヲ爲シタル場合ニ於テ被相續人ノ家族タル直系尊屬中親等ノ最モ近キ者當然家督相續人タルナリ

家族制度及ヒ相續ノ原則ヨリ言フモ亦從來ノ慣習ニ依ルモ卑屬カ尊屬ノ家督ヲ相續スルモノニシテ直系尊屬カ家督相續ヲ爲スハ頗ル異例ニ屬スト雖モ家ヲ重スル趣旨ヨリ他ノ近親中相續人ナキトキハ直系尊屬ヲシテ相續人タラシムルコトハ從來ノ慣習ニ於テモ認メタル所カレハ本法ニ於テモ之ヲ第四種家督相續人トシテ認メタル所以ナリ

本條ノ家督相續人タルニハ三箇ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス(一)家ニ在ル直系尊屬タルコト、縱令被相續人ニ直系尊屬アリト雖モ其者ニシテ被相續人ト家ヲ同シクセサルコトキ例ヘハ實家、本家、分家ニ在ル者ナルトキハ相續權ヲ有セサルナリ但他家ニ在リシ直系尊屬ト雖モ第七百三十七條又ハ第七百三十八條ノ規定ニ依リ轉籍シテ被相續人ノ家ニ入りタルトキハ是レ其家ニ在ル者ナルカ故ニ本條ノ相續人タルヘシ(二)直系尊屬中親等ノ最モ近キ者ナルコト、被相續人ニ一等親タル母ト二等親タル祖父トアル場合ニ於テ女子タリト雖モ母ハ男子タル祖父ニ先チ祖父ト會祖父トアル場合ニ於テハ祖父ハ會祖父ニ先ツモノトス是レ親等ノ最モ近キ者ヲシテ相續セシムルハ相續ノ原則ニ從ヒ且逆相續ニ於テハ從來ノ慣習ニモ適スルナリ(三)親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ男ヲ先ニスルコト、是レ亦相續ノ原則ニ從ヒ從來ノ慣習ニ適スルナリ

此第三ノ條件ハ同親等ニ於テハ男女各一人アル場合例ヘハ父母又ハ祖父母各一人ナル場合ヲ想定シタルモノナリト雖モ家ニ親等ノ同シキ直系尊屬四人アルコトナシトモ例ヘハ養父母アル養子カ戸主ニシテ其實父母ヲ第七百三十

七條及第七百三十八條ノ規定ニ依リテ實父母ヲ養家ニ入レザルトキ又ハ父方ノ祖父母ト母方ノ祖父母ト家ヲ同シタスルトキハ如キ是ナリ而シテ此ノ如キ場合ニ於テハ第一ノ例ニ於ケル實父ト養父ト孰レカ優先權ヲ有スルカ又第二ノ例ニ於ケル父方ノ祖父母方ノ祖父母ト孰レカ優先權ヲ有スルカノ疑問起ルヘシト雖モ此場合ハ家族制度ノ本旨ヨリ論スルトキハ最初ヨリ其案ニ在ル者相續權ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス

本條ノ家督相續人ハ第一種家督相續人(直系卑屬)ト同シテ法定ノ條件ヲ具備スルトキハ法律上當然家督相續人タルカ故ニ之ヲ法定ノ相續人トモ稱スルナリ

(第一〇二〇條參照)之ニ反シテ第三種家督相續人第一種選定家督相續人ノ如キハ法律上順序ノ規定アリト雖モ同一順位中ニ數人アルトキ例ハ兄弟アルトキハ兄ハ當然第一先ツモノニ非スシテ選定權ヲ有スル者カ弟ヲ選ハスシテ兄ヲ選ヒタルトキ始メテ相續權ヲ有スルモノナレハ第三種ノ家督相續人ハ法定相續人ニ非サルナリ

○第二種選定家督相續人 第九百八十五條 前條ノ規定ニ依リテ家督相續人

タル者ナキトキハ親族會ハ被相續人ノ親族家族分家ノ戶主又ハ本家若クハ分家ノ家族中ヨリ家督相續人ヲ選定ス

前項ニ掲ケタル者ノ中ニ家督相續人タル者ナキトキハ親族會ハ他人ノ中ヨリ之ヲ選定ス

親族會ハ正當ノ事由アル場合ニ限リ前二項ノ規定ニ拘ハラス裁判所ノ許可ヲ得テ他人ヲ選定スルコトヲ得

第二種選定家督相續人ハ家督相續人五種中最後ノ順位ニ在ルモノニシテ第一種乃至第四種家督相續人存在セザルカ又ハ拋棄シタルカ爲メ全ク家督相續人ト爲ルヘキ者ナキ場合ニ選定セシテ相續人ト爲ルモノナリ此家督相續人ヲ第二種選定家督相續人ト稱スルハ第一種選定家督相續人ニ對シテ稱スルナリ

第一種乃至第四種家督相續人ノ存在セザルトキ相續權ヲ失ヒタルトキ又ハ拋棄シタルトキハ其他ニ於テ適當ナル相續人ヲ選定セシムルヨリ外アラズ然レトモ此場合ニ於テハ被相續人ニ以上列舉シタル以外ノ親族家族アレハ其親族家族及ヒ被相續人ノ家ト關係ヲ有スル分家ノ戶主分家又ハ本家ノ家族等

存在スルニ於テハ被相續人ト親族家族又ハ本分家ノ關係ヲ有セサル者ニ先テ以上ノ者ノ中ヨリ選定スヘキモノト爲セリ是レ家族制度ニ於テ家系血統ヲ重スルノ趣旨ニ出テタルモノニシテ亦從來ノ慣習ニモ適セリ被相續人ノ親族家族分家戸主分家又ハ本家ノ家族ヲ選定スヘキ場合ニ於テハ此等ノ者ノ間ニハ別ニ先ツ彼ニ先テ此ヲ選定スヘキモノニ非スシテ其中ニ適當ナル者アルトキハ誰ニテモ之ヲ選定スルコトヲ得ルモノトス以上ノ如キ者存在セサルカ又ハ存在スルトモ皆拋棄ヲ爲シタルトキハ廣ク親族家族又ハ本分家ノ關係ナキ者ヲ相續人ニ選定スルコトヲ許ササルトキハ其家ハ違ニ絶家ト爲ルヘキカ故ニ此場合ニ於テハ他人ノ中ヨリ選定スルコトト爲セリ而シテ此場合ニ於テモ縱令被相續人ト以上ノ如キ關係ヲ有スル者アリト雖モ相續人トシテ不當ナル場合ニ於テモ必ス其者ノ中ヨリ選定セサルヘカラサルモノト爲ストキハ不當ナル者カ相續人ト爲ルヘキ不都合アルカ故ニ第一種選定家督相續人ニ於ケルカ如ク(第九八三條正當ノ事由アルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ他人ヲ選定スルコトヲ得ルモノト爲セリ)

此家督相續人ノ選定權ヲ有スル者ハ親族會ナリ故ニ縱令父又ハ母カ第四種ノ家督相續人タルコトヲ拋棄シテ家ニ在リト雖モ相續權ヲ有セサルナリ本條ノ規定ニ依リテ家督相續人ヲ選定シタリト雖モ其者カ拋棄シテ相續人ナキトキハ其家ニハ縱令被相續人ノ家族アリト雖モ其家ハ絶家シ其家ニ在ル家族ハ各一家ヲ創立スルモノトス(第七六四條)

### 第三節 家督相續ノ效力

本節ニ於テハ第一家督相續ノ一般ノ效力(第九八六條第二家督相續ノ特權ニ屬スヘキモノ(第九八七條第三隱居及ヒ入夫婚姻ニ因ル家督相續ニ付キ被相續人ト相續人トノ間ニ於ケル特別ノ效力第九八八條及ヒ其家督相續ニ付キ第三者ニ對スル義務ノ特別第九八九條第四國籍喪失ニ因ル家督相續ニ付キ被相續人ト相續人トノ間ニ於ケル特別ノ特例第九九〇條及ヒ其第三者ニ對スル特別ノ效力第九九一條ヲ規定セリ) 第九百八十六條 家督相續人ハ相續開始ノ時ヨリ



前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼ス但前戸主ノ一身ニ專屬セラルモノハ此限ニ在ラス(舊民法財産取得編第二九四條第三一一條)

家督相續トハ被相續人ノ有セシ戸主ノ地位ヲ相續人ニ移スモノニシテ戸主ト爲リタル相續人ハ其結果トシテ前戸主ノ一身ニ專屬スルモノヲ除ク外其一切ノ權利義務ヲ承繼スルモノトス換言スレハ家督相續人ハ被相續人ノ有セシ戸主タル身分權上及ヒ財産權上其有セシ一切ノ權利義務ヲ併セテ承繼スヘシト雖モ被相續人ノ一身ニ專屬セル權利義務ハ家督相續人ニ於テ承繼スルモノニ非ス例ヘハ前戸主カ他人ヨリ養育料ヲ受クル權利又ハ教育ヲ受クル權利ヲ有セシ場合ニ於テ其家督相續人ハ同一ノ權利ヲ有セス又前戸主カ他人ニ對シテ養育料ヲ與フル義務又ハ教育ヲ與フル義務ヲ負ヒシ場合ニ於テ其家督相續人ハ同一ノ義務ヲ負ハサルモノトス親權、夫權ノ如キモ亦同一ナリ

舊民法ハ家督相續人ハ被相續人ノ姓氏系統、貴號等ヲ承繼スルヲ以テ家督相續ノ效力ト爲スヘキ旨ヲ明示スト雖モ此ノ如キハ相續事項ヲ例示スルニ過キス又舊民法ノ如ク家督相續人ハ一切ノ財産ヲ相續スト旨ヲ止マルトキハ財産

權以外ノ權利ハ承繼セサルカノ疑ヲ生セシムルニ足ルヲ以テ本法ニ於テハ概括的ニ家督相續人ハ前戸主ノ有セシ一切ノ權利義務ヲ承繼スルト規定シタル所以ナリ故ニ茲ニ謂フ所ノ權利義務ハ單ニ財産上ノ權利義務ニ止マラス尙ホ其他ノ權利義務就中戸主權及ヒ戸主タルノ義務モ包含スルモノトス

本條ニ於テハ家督相續ノ效力發生ノ時期ヲ明カニシタリ蓋シ家督相續開始ノ原因生スルトモ家督相續ハ必スシモ之ト同時ニ爲スモノニ非スシテ事實上ニ於テハ其間多少ノ時日ノ經過アルヘシ例ヘハ家督相續人カ相續ノ開始シタルコトヲ了知セサルコトアルヘク又良シ之ヲ了知スルトモ第一千七百七條ノ規定ニ從ヒ相續開始アリタルコトヲ知リタル時ヨリ三箇月内ニ承認又ハ拋棄ノ意思ヲ表示スレハ足ルカ故ニ其期間ノ終ニ至リテ始メテ承認ヲ爲シ又ハ拋棄ヲ爲スコトアルヘク又相續ニ付キ拋棄ヲ爲スコトヲ得サル家督相續人第一〇二〇條第九七〇條ト雖モ相續ニ付キ單純承認ヲ爲スカ將タ限定承認ヲ爲スカニ付キ意思表示ヲ爲スヘキ期間ハ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタル時ヨリ同シク三箇月第一〇一七條ナレハ家督相續ノ效力モ家督相續人カ承繼ヲ爲シタル



時ヨリ發生スルニ非サルヤノ疑生スヘク又相續權回復ノ訴提起セラレ原告勝訴ノ判決確定シタル場合ニ於テモ相續ノ開始ト判決ノ確定トノ間ハ幾多ノ時日ヲ要スルモノニシテ此場合ニ於テモ同一ノ疑生スヘキカ故ニ此等ノ場合ニ於テ家督相續ハ相續開始ノ時ヨリ其效力ヲ生スヘキコトヲ明カニシ右ノ疑義ヲ生スルコトヲ豫防シタルナリ

本條ノ規定即チ家督相續ノ效力ハ其開始ノ時ニ遡ルコトノ原則アルカ故ニ正當ニ相續スヘカラサル者カ相續ヲ爲シ正當ニ相續スヘキ者カ相續ノ開始ヲ知ラスシテ數年ヲ經過セルモ正當ノ相續人ニ於テ家督相續回復ノ請求ヲ爲シ勝訴シタルトキハ相續開始ノ時ノ狀態ニ於テ相續人ハ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スヘキカ故ニ表見相續人ノ相續ニ因リテ取得シタル財産ハ總テ正當ノ相續人ノ之ヲ回復スルモノトス而シテ此場合ニ於テ表見相續人ヨリ第三者カ動産不動産等ヲ取得シタルトキ占有又ハ時効ノ規定ニ從ヒ其所有權ノ第三者ニ移轉シタル場合ヲ除クノ外ハ相續人ハ動産不動産ヲ回復スルコトヲ得ヘシ被相續人ノ債務者カ表見相續人ノ相續ノ正當ナラサルコトヲ知ラスシテ即チ善意ニ

テ其債務ノ辨濟ヲ表見相續人ニ對シテ爲シタルトキハ第四百七十八條ノ規定ニ依リ其辨濟ハ有數ナリト雖モ若シ債務者カ惡意ニテ表見相續人ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ其辨濟ハ正當ノ相續人ニ對シテ效力ヲ有セサルカ故ニ相續人ハ被相續人ノ債務者ニ對シ債權ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘシ若シ家督相續ハ相續人カ事實上相續ヲ爲シタル時ヨリ效力ヲ生スルモノトスルトキハ表見相續人ノ爲シタル行爲ハ第三者ニ對シテ有效ニシテ相續人ハ相續ヲ爲スモ完全ニ相續財産ヲ取得スルコトヲ得サルヘキ結果ヲ生スヘキヲ以テ以上ノ如キ原則ヲ設クタル所以ナリ

○家督相續ノ特權ニ屬スル財産 第九百八十七條 系譜祭具及ヒ墳墓ノ所有權ハ家督相續ノ特權ニ屬ス(舊民法財産取得編第二九四條)

家ノ財産中ニハ家督相續ト離ルルコトヲ得ヘキモノト然ラサルモノトアリ例ヘハ家具不動産ノ如キハ之ヲ相續財産中ニ加ヘサルトモ家督相續ヲ爲スノ妨タラサルヘシ之ニ反シテ系譜祭具及ヒ墳墓ノ如キハ家督相續ニハ缺クヘカラサル物タリ即チ家族制度ニ於テハ戸主ハ前戸主ニ繼ギ祖先ノ祭ヲ爲シ系譜ヲ

保護シ墳墓ノ保存ヲ爲ササルヘカラサルモノナルカ故ニ以上ノ財産ヲ戸主以外ノ者カ承繼スルハ解スヘカラサルナリ是レ必ス戸主ニ屬シ戸主ノ承繼スヘキモノト爲シタル所以ナリ

舊民法ニハ向ホ右ノ外華族ノ世襲財産商號及ヒ商標ヲモ家督相續ノ特權中ニ加ヘタレトモ華族ノ世襲財産ノ如キハ其承繼華族ニ限リ一般ノ家督相續ニ伴フモノニ非サルカ故ニ之ヲ特別法明治十九年四月勅令第三十四號ニ譲ルヲ以テ可トシ商號及ヒ商標ノ如キハ營業ト共ニ譲渡スコトヲ得ルモノ商法第二二條商標法第六條ナレハ必スシモ家督相續ノ際之ヲ相續人ニ承繼セサルヘカラサルモノニ非サルカ故ニ本法ニハ之ヲ削除シタルナリ又舊法ニ「墓地」アリタルヲ墳墓ト改メタルハ他ナシ墓地ハ或ハ共有地タルコトアリ或ハ寺ノ所屬地タルコトアリ或ハ官公有地タルコトアリテ必スシモ一家ノ私有地タルニ限ラサルヲ以テナリ

本條規定ノ財産ノ所有權カ家督相續ノ特權ニ屬ストハ此等ノ財産カ相續開始ノ際前戸主ノ所有タリシニ於テハ當然家督相續人ノ所有ニ屬スヘキコトヲ意

陳スルニ此等ノ華族世襲財産法ニ依リ華族カ世襲財産ヲ常ニ維持保存スルヲ義務アルト異ナリ家督相續ニ因リテ此等ノ財産ヲ取得シタル者ハ必スシモ之ヲ保存シテ次ニ家督相續人ニ移轉スヘキ義務ヲ負ハシタルモノニ非ズ故ニ前戸主ハ其戸主中之カ處分ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ又此等ノ財産ハ一經ノ譲渡○隱居及ヒ入夫婦婚姻ニ原因スル家督相續ハ特例ニ就相續人ノ相續人ハ間ニ於ケル特別ノ效力ニ第百八十八條 隱居者及ヒ入夫婦婚姻ヲ爲ス女戸主ハ確定日附アル證書ニ依リテ其財産ヲ留保スルコトヲ得但家督相續人ノ遺留分ニ關スル規定ニ違反スルコトヲ得ズ

家督相續人カ前戸主ノ有セシ一切ノ財産權ヲ承繼スルコトハ第百八十六條ニ於テ規定セタルタル一般ノ通則ナリ而シテ此通則ハ戸主ノ死亡ニ因リ家督相續ノ場合ニハ重當ノ規定ナリモ隱居又ハ入夫婦婚姻ニ因リ家督相續ノ場合ニ於ケル例外ノ規定ヲ設ケタル以上ノ原則ヲ適用スルコトヲ爲ストキハ往往實際ノ事情ニ適セサル結果ヲ生ズルコトヲ大ニ防グス何トナリハ隱居者又ハ女戸主ハ隱居料其他小使費トシテ相當ノ財産ヲ保存セシメテ後アルコトハ其事

情狀ヲ答ムヘキモノニ非サルノミナラス此ノ如キハ從來ニ在リタモ普ク行ハレタル習慣ナルニ若シ本法ニ於テ隱居又ハ入夫婦姻ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テ以上ノ通則ヲ適用シテ前戸主ノ有セシ一切ノ財產權ハ必ス家督相續人ニ移轉スルモノト爲スニ於テハ法律干涉ノ適度ヲ失シ實際ノ事情ニ反スルニ至レハナリ故ニ本法ニ於テハ隱居者及ヒ入夫婦姻ヲ爲ス女戸主ハ家督ノ讓渡ヲ爲スモ尙ホ多少ノ財產ヲ留保シテ自己ノ利益ニ供スルコトヲ得ルモノト爲シ第九百八十六條ノ通則ニ對シテ一種ノ例外ヲ設ケタルナリ

隱居者及ヒ入夫婦姻ヲ爲ス女戸主ハ家督相續ノ際財產ノ留保ヲ爲スニハ確定日附アル證書ニ依ルコトヲ要ス若シ何等ノ確證ナク隱居者及ヒ女戸主カ隨意ニ財產ヲ留保スルコトヲ得ルモノト爲ストキハ後日彼相續人ト相續人トノ間ニ徒ニ紛争ヲ生スルノ虞アルイミナラス家督相續ノ效力ニ關スル一般ノ通則ヲ信シテ取引ヲ爲ス第三者ハ往往詐欺ニ陷ルコトナシトモ是ヲ以テ此等ノ弊害ヲ豫防センカ爲メニ此條件ヲ設ケタルヲ故ニ隱居者及ヒ入夫婦姻ヲ爲ス女戸主カ財產ノ留保ヲ爲サント欲スル必ス公正證書其他確定日附アル證書ヲ

銀行ヲ支拂ノ場所ト指定スルハ其實例タリ法ハ此實例ニ省ミテ支拂場所ノ記載ニ手形上ノ效力ヲ與ヘタルナリ支拂ヲ爲スヘキ者ハ此場所ニ於テ支拂ヲ爲スノ義務アルト同時ニ所持人ヲシテ必ス此場所ニ手形ヲ呈示シテ支拂ヲ求メシムルノ權利ヲモ有スルナリ此ノ如ク支拂ノ爲メニスル呈示カ必ス此場所ニ於テ爲サルヘキモノナリトセハ拒絕證書ノ作成モ亦必ス此場所ニ於テ爲サレタルヘカラス元來拒絕證書ナルモノハ後ニ至リテ説明スルカ如ク其性質手形ヲ呈示シテ支拂ヲ得サリシ事實ヲ確證ニ證明スルニ在ルヲ以テ支拂拒絕ノ事實カ支拂ノ爲メニ手形ヲ呈示スヘキ場所ニ於テ起ルモノナル以上ハ支拂ノ爲メニスル手形呈示ノ場所ト拒絕證書作成ノ場所ト同一ノ場所タルヘキハ勿論ナリ第四百四十二條カ營業所住所ヲ以テ支拂ノ爲メニスル手形呈示ノ場所ト爲シタルト同時ニ拒絕證書ノ作成モ亦此場所ニ於テ爲スヘキコトヲ命シタルモ畢竟二者ノ間ニ離ルヘカラル關係ノ存スルモノアレハナリ學者或ハ拒絕證書ハ必ス法定ノ場所ニ於テ作成スヘク手形記載ノ支拂場所ニ於テ作成セラレタル拒絕證書ハ無効ナリト論スル者アリト雖モ予輩ハ其說ニ賛同ス

#### 第四節 時効

商行爲ニ因リテ生シタル債權ハ五箇年ノ経過ヲ以テ時効ニ罹ルヲ原則トス(第二八五條)然ルニ手形上ノ債權ニ關スル時効ニ付テハ法ハ特別ノ規定ヲ設ケ著シク其期間ヲ短縮シタリ蓋シ手形上ノ債務ハ極メテ嚴格ナル規定ニ支配セラレルモノナルカ故ニ其債務存續期間ノ長短カ其關係者ニ及ホス利害ノ影響特ニ大ナルモノアリ況ヤ其利害關係ノ地位ニ立ツ者ハ極メテ多人數ナルニ於テヤ此規定ノ嚴酷ナルヲ融和シ其多數ノ利害關係者ヲシテ其堵ニ安セシムルカ爲メ債權者ニ對シテ迅速ニ其權利ヲ執行スヘキコトヲ命スルハ手形ノ發行並ニ其流通ヲ助長スル上ニ大ナル利益アレハナリ

手形上ノ債權ノ時効期間ハ其債權カ手形金額支拂ノ請求ニ繫ルト債權ノ請求ニ繫ルトニ依リテ異ナル爲替手形ノ引受人參加引受人ヲ包含ス又ハ約束手形ノ振出人ニ對スル支拂請求權ハ三箇年ニシテ時効ニ罹リ所持人又ハ裏書人ノ

其前者ニ對スル償還請求權ノ時効期間ハ六箇月ナリ此ノ如ク兩者ヲ區別シテ其期間ニ長短ノ差異ヲ設ケタルハ蓋シ引受人等ニ對スル請求權ト償還請求權トカ其性質ヲ異ニスルノ結果ニシテ前者ハ手形上主タル債務者ノ地位ニ立テ終局ノ責任ヲ負擔スルモノナルカ故ニ此等ノ人ニ對スル債權ハ比較的長ク之ヲ存續セシメ以テ償還義務者ヲシテ漸次其前者ニ對シテ償還請求權ヲ行使スルコトヲ得セシムルノ機會ヲ與フルノ必要アレハナリ

時効ノ起算點モ亦各場合ヲ異ニスルニ從ヒテ一様ナラスト雖モ歸スル所消滅時効ニ關スル一般原則ノ支配ヲ脫スルモノニ非スシテ約言スレハ其權利ヲ行使シ得ル時ヨリ時効ハ進行スルナリ即チ主タル債務者タル爲替手形ノ引受人又ハ約束手形ノ振出人ニ對スル支拂請求權ハ滿期日ノ到來スルニ直チニ其權利ヲ行使シ得ルモノナルカ故ニ其三箇年ノ時効期間モ亦此滿期日ヲ起算點トシテ之ヲ計算スヘク又所持人ハ其前者爲替手形又ハ小切手ノ振出人裏書人及ヒ約束手形ノ裏書人ニ對スル償還請求權ハ支拂拒絕證書ヲ作成セラレタル事ヲ條件トシテ行使シ得ヘキモノナルカ故ニ其證書ヲ作成シタル日ヨリ六箇月

ノ時効期間ヲ起算スヘク又裏書人ノ其前者ニ對スル償還請求權ハ自己カ曉案  
ヨリノ請求ニ應ジテ償還ヲ爲シタル時ニ始メ其前者ニ對シテ行コトヲ得  
ヘキモノナルカ故ニ是レ亦其權利ハ其償還ヲ爲シタル日ヨリ起算シテ六箇月  
ノ經過ニ因リテ消滅スヘキモノナリ  
以上ノ第四百四十三條ニ規定セラレル所ニシテ此期間並ニ起算點ニ關スル事  
柄ヲ除キタルハ商法施行法第二百二十三條規定ノ外商法ニハ手形債權ノ時効ニ關  
スル特別ノ規定ナキカ故ニ此他時効ノ中斷停止期間ノ延長等時効ニ關スル一  
般ノ事柄ハ總テ民法規定ノ支配ヲ受クヘキモノナリ特ニ茲ニ之ヲ説明スル  
ノ必要ナシ(第一條民法第一四四條乃至第一六一條參照)  
終ニ注意スヘキハ手形上ノ保證債務ニ關スル時効ナリ手形上ノ保證債務ハ第  
四百九十七條ニ依リ主タル債務ト同一ノ地位ニ立ツモノナルカ故ニ主タル債  
務ノ時効ト其期間並ニ起算點ト同シウスルモノトス若シ主タル債務力無効ナ  
ル場合ニハ其債務力有效ナリシトキニ於ケルト同ノ時効ニ依ルナリ  
尙ホ所持人ノ其前者ニ對スル償還請求權ノ時効ニ付テハ第四百八十九條ニ所

謂支拂拒絕證書作成ノ免除ニ關スル規定トノ關係上頗ル疑ハシキ問題ヲ生ス  
ルモ此支拂拒絕證書作成ノ免除ハ亦償還請求ノ通知ヲ發スベキ時効ニ關シテ  
本間ト同様ノ疑問ヲ惹起スモノナルヲ以テ他日ニ盡ク併セテ其問題ヲ解決ス  
ルコトト爲スヘシ

### 第五節 不當利得ニ因ル償還ノ請求

手形上ノ權利ニハ之ヲ行使シ又ハ保全スルニ一定ノ手續アリ其手續ヲ不履行  
ハ其權利消滅ノ結果ヲ惹起スヘキコト並ニ其權利ハ極メテ短期ナル時効ニ權  
リテ消滅スヘキモノナルコト並ニ違ハタル所ノ如シ手形上ノ權利ヲ明確ナラ  
シメ其流通ヲ助長セシムル上ニ於テ手形上ノ權利ニ此ノ如キ特種ノ規定ヲ爲  
スハ必要上已ムヲ得サルモノナリト雖モ其結果手形上ノ債務ヲ負擔シタリシ  
者ニシテ不當ノ利得ヲ爲ス者ニ至ルモ指キテ之ヲ償ミタル如キムハ一方ヲ  
責ムルノ急ニシテ却テ他方ヲ閉却スルハ不公平發生スルナリ例ヘハ手形上ノ  
持人カ法定ノ手續ヲ缺キタル爲メ又ハ時効期間ノ經過ニ因リテ其權利ヲ喪

失シタル場合ニ繼テノ手形債務者ヲシテ之カ爲メニ全ク其責任ヲ免レシムルモノトセハ總ニ對價ヲ受ケテ手形ヲ振出シタル者カ未タ支拂人ニ爲替資金ヲ供セサルカ又ハ之ヲ供シタルモ其取戻ヲ爲シタルカ若クハ其取戻ヲ爲シ得ヘキトキノ如キ或ハ支拂人カ振出人ニ對スル債務ノ辨濟ニ代ヘテ引受ヲ爲シタルカ又ハ手形ノ振出力其目的全ク引受人ニ信用ヲ利用セシムルニ在リタルトキノ如キ其振出人又ハ引受人ハ其免責ニ因リ其ニ不當ノ利得ヲ爲スノ結果ヲ生スルナリ然リ而シテ此利得タルモ僥倖ノ收益ナルニハ相違ナキモ畢竟手形法規ヨリ生シタル結果ニシテ故ナクシテ得タル收益トハ其性質ヲ異ニシ又其振出人又ハ引受人ハ通例直接ニ所持人ノ財産ニ因リテ此利益ヲ受ケ而シテ之カ爲メニ所持人ニ損失ヲ及ホシタルモノニ非サルカ故ニ其利得ハ民法第七百三條所謂不當利得ノ規定ニ支配セラルヘキモノニ非サルヲ以テ若シ之ニ關スル特別ノ規定ナキニ於テハ其振出人又ハ引受人ハ此利得ニ付テ何等ノ責任ヲ負擔セサルコトト爲ルヘシ此ノ如キハ債權者ト債務者ト對スル規定ニ寬嚴ノ差ヲ生シ不公平ノ結果ヲ免レサルヘキカ故ニ法ハ相互ノ權衡ヲ保持セシカ

爲メ特ニ第四百四十四條ノ規定ヲ設ケ以テ此種ノ不當利得ハ之ヲ所持人ニ返還スヘキモノト爲シタリハ總ニ對價ヲ受ケテ手形ヲ振出シタル者カ未タ支拂人ニ爲替資金ヲ供セサルカ又ハ之ヲ供シタルモ其取戻ヲ爲シタルカ若クハ其取戻ヲ爲シ得ヘキトキノ如キ或ハ支拂人カ振出人ニ對スル債務ノ辨濟ニ代ヘテ引受ヲ爲シタルカ又ハ手形ノ振出力其目的全ク引受人ニ信用ヲ利用セシムルニ在リタルトキノ如キ其振出人又ハ引受人ハ其免責ニ因リ其ニ不當ノ利得ヲ爲スノ結果ヲ生スルナリ然リ而シテ此利得タルモ僥倖ノ收益ナルニハ相違ナキモ畢竟手形法規ヨリ生シタル結果ニシテ故ナクシテ得タル收益トハ其性質ヲ異ニシ又其振出人又ハ引受人ハ通例直接ニ所持人ノ財産ニ因リテ此利益ヲ受ケ而シテ之カ爲メニ所持人ニ損失ヲ及ホシタルモノニ非サルカ故ニ其利得ハ民法第七百三條所謂不當利得ノ規定ニ支配セラルヘキモノニ非サルヲ以テ若シ之ニ關スル特別ノ規定ナキニ於テハ其振出人又ハ引受人ハ此利得ニ付テ何等ノ責任ヲ負擔セサルコトト爲ルヘシ此ノ如キハ債權者ト債務者ト對スル規定ニ寬嚴ノ差ヲ生シ不公平ノ結果ヲ免レサルヘキカ故ニ法ハ相互ノ權衡ヲ保持セシカ

雖モ最初ヨリ手形上何等ノ債務ヲ負擔セタルトナキ者ニ對シテモ尙ホ此訴權ヲ主張シ得セシムルカ如キハ手形所持人ノ庇護ヲ過度ニ擴張スルモノニシテ固ヨリ其當ヲ得タルモノニ非ス若シ然リトモハ手形所持人ハ其權利ヲ喪失セタルカ爲メ却テ茲ニ新ナル債務者ヲ得ルノ奇ナル結果ヲ生スヘケレハナリ故ニ現行法ハ本條ノ支配ヲ受タヘキ者ヲ手形上既ニ債務ヲ負擔シ居リタル者ニ限リ支拂人支拂應當者振出囑託者ノ如キ會テ手形上何等ノ債務ヲ負擔シタルコトナキ者ヲ其範圍外ニ措キタリ此點ニ付テハ外國ノ立法例一致セズ然リ而シテ本條ノ償還請求權ハ畢竟僥倖ノ利得ヲ爲シタルニ基キテ生スルモノナルカ故ニ縱令手形上債務ヲ負擔シ居リタル者ナルニモモテ所謂不當ノ利益ヲ占ムヘキ地位ニ立タル者ニ非ナレハ亦此種ノ義務ヲ負擔スヘキニ非サルハ勿論ナリ本條カ手形債務者ノ一員タル裏書人ニ對シテ此義務ヲ認メナリシハ畢竟之カ爲メナリ蓋シ裏書人ハ其裏書ニ因リテ對價ヲ受ケタルコト振出ノ場合ニ於ケルト敢テ異ナラサルヘシト雖モ其裏書人ハ振出人ト異ナリ最初其手形ヲ取得シタルニ當リテハ對價ヲ支出シタルモノナルヘキカ故ニ茲ニ失セタル損

失ト新ニ得タル利益トハ互ニ相償フモノト謂ハサルヘカラス假ニ其裏書人ハ無償行爲ニ因リテ其手形ヲ取得シ面モ有償ニ之ヲ裏書シタリトスルモ未タ以テ其裏書人ハ償還ノ義務ヲ免レタル結果不當ノ利得ヲ占メタルモノナリト謂フヲ得ス何トナレハ最初ニ於ケル無償行爲ハ其目的既ニ其裏書人ニ此利益ヲ與フルニ在リタルモノナルカ故ニ其裏書ニ因リテ得タル報酬ハ取リモ直サス無償行爲ニ因リテ得タルモノト謂フヲ得ヘク現ニ此種ノ裏書人ト雖モ其償還義務ヲ履行シタル場合ニハ其前者又ハ引受人ニ對シテ再ヒ完全ニ手形上ノ請求權ヲ行使シ得ヘキコト毫モ通常ノ裏書人ト異ナルコトナキモノナルカ故ニ此種ノ裏書人モ亦手形權利消滅ノ結果トシテ特ニ利益ヲ得ヘキモノニ非サルナリ要スルニ手形上ノ債務者ニシテ手形所持人カ其權利ヲ喪失シタル結果僥倖ノ利得ヲ占ムヘキ地位ニ立ツ者ハ振出人ト引受人ナリ爲替手形及ヒ小切手ノ振出人ハ單ニ他人ニ支拂ヲ委託スルコトニ因リテ對價ヲ受ケタル者ナレハ其支拂ニ充ツヘキ資金ヲ支拂人ニ供給スルノ義務アルヲ通例トシテ爲替手形ノ引受人及ヒ約束手形ノ振出人モ亦其引受ヲ爲シ手形ノ發行ヲ爲スニハ之ニ



代ルヘキ報酬ヲ取得スルハ普通ノ狀態ナリ然ルニ手形法カ嚴格ナル規定ヲ爲シタル結果トシテ偶手形ノ所持人カ其權利ヲ喪失シタルガ爲メ或ハ資金ヲ供給スルノ義務ヲ免レ或ハ手形金額ヲ支拂フノ必要ナキニ至リタリトセハ其振出人又ハ引受人ハ僥倖ニモ何等ノ支出ヲ爲スコトナクシテ僅ニ得タル報酬ヲ獨占スルコトト爲リ異ニ意外ノ利得ヲ爲スノ結果ヲ生スルナリ此等ノ者ニ對シテ本條ノ訴權ヲ主張スルヲ得セシムルコトト爲セルハ大ニ其當ヲ得タルモノナリ

不當利得ノ償還請求權ヲ有スル者ハ予輩ノ解スル所ニ依レハ所謂時効又ハ手續ノ欠缺ニ因リテ權利カ消滅シタル手形ノ所持人即チ其權利消滅ノ當時ニ手形上ノ權利者トシテ其手形ヲ所持シタル者ニシテ此中ニハ裏書又ハ引渡ニ依リテ轉轉セラレタル最後ノ手形所持人ハ勿論後者ヨリ償還ノ請求ヲ受ケテ其義務ヲ履行シ因リテ以テ手形ヲ所持スル裏書人ヲモ包含スルモノナリト信ス論者或ハ本條所謂所持人トアルヲ解シテ其所持人トハ單ニ前者ノミヲ指シ後者即チ裏書人ハ其中ニ包含セラレズシテ償還義務ヲ履行シタル裏書人ト雖モ

決シテ本條ノ訴權ヲ有スルコトナシト曰フ者アリ是レ文字ニ拘泥スル殊ニ甚シキ議論ニシテ予輩ハ率口如上ノ意味ニ解釋スルノ最モ適當ナルヲ信ス何トナレハ後者ニ對シテ償還ノ義務ヲ履行シタル裏書人ハ其償還ヲ爲シタルニ因リテ手形ヲ取得シ所持スルモノニシテ(第四九五條參照)其手形ヲ所持スルコトニ因リテ振出人又ハ引受人ニ對シテ完全ニ手形上ノ請求權ヲ行使シ得ルモノナリ而シテ其請求權カ時効又ハ手續ノ欠缺ニ因リテ消滅シ振出人又ハ引受人カ之カ爲メニ其責任ヲ免レ不當ノ利得ヲ占メタリトセハ其裏書人カ受ケタル損失ト振出人又ハ引受人カ得タル利益トノ間ニハ原因結果ノ關係カ必然的ニ存在シ居ルコト極メテ明瞭ナリ然ルニ尙キ強ヒテ斯ル裏書人ヲ本條ヨリ除外セントスルハ立法ノ趣旨ヲ沒却スル殊ニ甚シキモノト謂ハサルヘカラス茲ニ注意スヘキハ本條ニ依リテ償還請求權ヲ主張シ得ヘキ者ハ前陳セルカ如ク最後ノ手形所持人又ハ後者ノ請求ニ應ジテ償還ヲ爲シタルニ因リテ手形ヲ所持スル裏書人タルコトヲ要ス換言セバ時効ニ罹リシコトナク又ハ手續ノ欠缺シタルコトナカリシナラハ手形上ノ權利者トシテ完全ニ其權利ヲ行使シ得ヘ



カリシ者タルコトヲ要スルコトはナリ例ヘハ形式上ノ要件ヲ缺キタル手形ハ手形トシテ效力ナキモノナルカ故ニ之ニ因リテ手形上ノ權利發生スルコトナク隨テ斯ル手形ヲ所持スル者ハ或ハ對價ヲ供シタル點ヨリシテ直接ノ授者ニ對シテ民法上ノ不當利得ニ因ル請求權ヲ有スルコトアルヘキモ茲ニ所謂不當利得ノ訴權ヲ主張シ得ヘキ者ニ非ス又償還ヲ爲シタル裏書人ト雖モ若シ其償還カ手形法上所謂償還ノ請求ニ應シタルニ非スシテ全ク任意ニ出テタル場合換言スレハ其償還ヲ爲シタル當時自己ノ償還義務カ既ニ時效又ハ手續ノ欠缺ニ因リテ消滅シ居リタルニ拘ハラズ任意ニ之カ償還ヲ爲シタルカ如キ場合ニ在リテハ其裏書人ハ本條所謂不當利得ノ請求權ヲ有スル者ニ非ス蓋シ斯ル場合ニ於ケル償還ハ法規ニ依ル義務ノ履行ニ非スシテ全ク任意ノ行爲ナルカ故ニ經令償還金額支拂ノ事實アリタリトスルモ之カ爲メニ振出人又ハ引受人ニ對シテ手形上ノ請求權ヲ有スヘキモノニ非サルカ故ニ其支拂ニ因リテ受ケタル裏書人ノ損失ト振出人又ハ引受人ノ得タル利益トノ間ニハ毫モ原因タリ結果トシテ見ルヘキ關係ノ存在セサレハナリ此ノ如ク最初ニ完全ナル手形上

ノ權利カ存在シタリシ場合ニ始メテ此不當利得ノ訴權ノ生スヘキコトハ本條ヲ一讀セハ容易ニ之ヲ知了シ得ヘキナリ  
向來一ノ注意ハ本條ニ依リテ主張シ得ヘキ償還ノ請求權ハ偏ニ手形權利ノ消滅シタルカ爲メ振出人又ハ引受人カ僥倖ニ占メタル利得ニ對スルモノニシテ其性質タルヤ爲替代金ノ取戻ニ非サルカ故ニ何トナレハ權利ノ喪失ヨリ生スル損失ハ自己ノ不注意ヨリ招キタル結果ナルカ故ニ其損失ヲ受ケタビヤトモ最初手形ヲ取得スルカ爲メニ支出シタル爲替代金ノ返還ヲ請求シ得ヘキモノニ非サルコト恰モ代金ヲ出シテ物品ヲ買取リ自己ノ不注意ニ因リ途中ニ之ヲ喪失シタル者カ其代金ノ償還ヲ請求シ得サルカ如シ縱令爲替手形又ハ小切手ノ振出人カ最初其振出ヲ爲スニ當リテ對價ヲ受ケタリトスルモ若シ手形權利ノ消滅スル以前ニ於テ既ニ爲替資金ヲ支拂人ニ供給シテ再ヒ之ヲ取戻シ得タル地位ニ立タルカ如キ場合ニ在リテハ此振出人ニ對シテ到底本條ノ訴權ヲ主張シ得サルナリ又其請求ハ手形金額若クハ償還金額ノ拂受ニ非サルカ故ニ何トナレハ其引受人又ハ振出人ハ時效又ハ手續ノ欠缺ニ因リテ既ニ一旦自己

開法手形 本論 總論 不當利得ニ因ル償還ノ請求

九二

負擔シタル手形上ノ債務ヲ免レタルモノナルカ就ニ若シ再び手形金額又ハ  
 償還金額ノ支拂ヲ爲スヘキモノナリトモハ時效又ハ權利保全ノ手續ニ關スル  
 手形法規ハ振出人又ハ引受人ニ對シテハ全ク有名無實ノモノト爲レハナリ對  
 價ヲ受ケスシテ手形ヲ發行シタル者此場合ニハ資金供給ノ責任カ他ニ在ルヲ  
 通例トス又ハ振出人ヨリ未ダ爲替資金ノ供給ヲ受ケタルカ又ハ之ヲ受ケタル  
 モ取戻サレタルカ若クハ之ヲ返還スヘキ義務ヲ負擔スルカ如キ爲替手形ノ引  
 受人ニ對シテハ亦此訴權ヲ主張シ得ヘキニ非サルナリ要スルニ振出人又ハ引  
 受人カ此義務ヲ負擔スヘキヤ否ヤ又ハ其孰レカ此責ニ任スヘキ者ナルヤ手  
 形ニ依リテハ到底決定スルヲ得スシテ其之ヲ決定スルノ標準ハ一ニ此等ノ者  
 カ手形權利ノ消滅シタルカ爲メ手形以外ニ於テ自己ヲ利シタルコトアリキ否  
 ヤノ事實ニ依ラサルベカラズ故ニ本條ニ依リテ償還ノ請求ヲ爲サントスル者  
 ハ自ら其就請求者カ手形權利消滅ノ結果トシテ曩ニ例示シタルカ如キ不當ノ  
 利得ヲ爲シタリトノ事實ヲ立證スヘキ責任アルモノトス

破產法

[illegible]

## 緒言

(一) 破産ノ本質 破産ハ債務者ノ財産ノ不足ヨリ生スル損失ヲ總債權者ニ平等ニ分擔セシムル手續ナリ(1)債務者ノ財産ノ不足ヨリ生スル分擔即チ債務者ノ財産上ニ於ケル債權者ノ平等ノ満足ハ債務者ノ總財産カ總債權者ノ損失ヲ擔保スルモノナルヲ以テ即チ佛法學者ノ所謂債務者ノ資産ハ債權者ノ共同擔保ナルヲ以テ債務者カ其多數ノ債權者ニ對シ辨濟期ニ至リ其負ヒタル債務ヲ完済スルコト能ハサル場合ニ於テハ債務者ノ總財産ヲ以テ其財産上ニ満足ヲ受クヘキ權利ヲ有スル總債權者ニ平等ノ満足ヲ得セシムルヲ正當トストノ觀

念ニ基クニ非スルヲ又多數ノ債權者ハ債權者ノ感情ノ好惡若クハ債權者ノ債權取得ノ前後ニ因リテ或ハ利ハ或ハ害セラレコトアルハ唯リ取引上ハ安全ヲ害スルノミナラス債務者ノ支拂不能ハ債務者其人ヲ信用シタル各債權者ノ共同損害ナルヲ以テ平等ニ損失ヲ分擔セシムルヲ正當トストノ觀念ニ基クニ非スルヲ却テ損失ヲ多數ノ人ニ分擔セシムルヲ少數ノ人ノ負擔ヲ輕減スルヲ主眼トスル社會政策ニ基ケリ(2)損失ノ分擔ノ實行ハ總債權者ヲ同等視シ之ニ債務者ノ總財産ヲ以テ平等ノ満足ヲ得セシムルニ在リ而シテ財産ハ經濟ノ發達及ヒ取引ノ進歩ニ因リ金錢ヲ以テ之ヲ取得シ又ハ金錢ニ之ヲ換價スルコトヲ得故ニ各財産ハ其性質又ハ目的物ニ付キ差異アルニ拘ハラス共通ノ性格トシテ金錢の價額ヲ有ス此金錢の價額ハ損失ノ分擔ノ實行ニ必要ナル標準トシテ最モ適當ナリ蓋シ金錢ハ最モ公平ニ多數ノ債權者ニ分配スルコトヲ得レハナリ(3)損失分擔ノ實行方法ハ總利害關係人ノ利益ヲ最モ平等ニ保護スルニ適當ナル手續ヲ設クルニ在リ而シテ此平等ノ保護ハ裁判所ヲシテ指揮監督ヲ爲サシメ又總債權者ニ共同ノ目的ヲ達スルカ爲メニ共同ノ動作ヲ爲スコトヲ得セシム

ルニ依リテ行ハル隨テ損失分擔ノ實行ヲ目的トスル手續ニ於テハ裁判所指揮監督主義ト債權者自衛主義トヲ併用セザルヘカラス破産ハ前示ノ理想ヲ實施スルカ爲メニ設ケラレタル特別ノ手續ナリ故ニ破産ノ本質ハ保險制度ト同シク損失分擔主義利益配當主義ヲ實行ニ存シ利益獨占主義利己主義ヲ排斥ニ在ルコトハ疑ヲ容レズ(一)破産ノ立法 國家カ破産ノ必要ヲ認メ之ヲ法律ヲ設ケルニ當リテハ自他破産法ノ沿革ニ鑑ミ又自他現行破産制度ノ利害ヲ究メ以テ破産ノ立法上ノ目的ニ適當ナル條則ヲ設ケザルヘカラス何トナレハ破産法ノ沿革ハ破産制度ニ關スル既往ノ失敗ト立法主義ノ種類及ヒ其當否トヲ證明シ又自他現行ノ破産制度ハ其得失ト立法主義ノ活動トヲ目撃セシムルヲ以テナリ左ニ顯著ナル破産ノ立法主義ト破産ノ立法上ノ目的トヲ略述スルニシテ(1)主權 破産ノ立法主義ニ二アリ第一ハ公法的破産主義及ヒ私法的破産主義第二ハ一般的破産主義及ヒ商人の破産主義是ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ其第一 公法的破産主義及ヒ私法的破産主義 公法的破産主義トハ破産ヲ以テ

一ノ訴訟手續ト爲シ破産者アリタルトキハ裁判所ハ破産者ノ財産ヲ占有シ清算シ及ヒ配當ヲ爲ス主義ナリ故ニ學者ハ之ヲ裁判所指揮主義トモ云ヘリ其論據ハ破産者ヲシテ其財産上ノ管理處分權ヲ喪失セシムルハ債權者ノ權利ニ非スシテ國家權力ノ發動タリ國家ハ破産者アル場合ニ於テ債權者ニ平等の満足ヲ得セシムルカ爲メニ即チ私法的目的ヲ爲メニ其權力ヲ行使スト雖モ之カ爲メニ破産制度カ公法の性質ヲ有セサルモソ論決スルヲ得ヌ破産者ニ對スル財産權ノ制限及ヒ其換價ハ國家ノ權力ノ獨リ爲シ得ル所ニシテ一私人タル債權者ノ權利ノ爲シ得サル所ナリト云ヘル觀念ニ基ケリト認ム私法の破産主義トハ破産ヲ以テ恰モ會社解散ノ場合ニ於ケル清算ノ如ク債權者間ニ行フ一清算手續トシテ破産者アリタルトキハ債權者ハ共同シテ破産者ノ財産ノ管理、換價及ヒ配當ヲ爲ス主義ナリ故ニ學者ハ之ヲ債權者自衛主義トモ云ヘリ其論據ハ債權者ノ利害ニ關スル事項ノ整理ハ之ヲ債權者ニ放任スルヲ正當トス蓋シ該事項ハ債權者ノ整理スヘキ内部ノ事件ニ外ナラサレハナリ而シテ其財産上ノ整理ニハ其カ爲メニスル共同ノ財産權アルヲ要ス債權者ハ此權利ニ依

リ破産者ノ財産ヲ管理シ換價シ又ハ互ニ配當ス故ニ新ニ加入セント欲スル債權者ハ他ノ債權者ト協同シテ其權利ノ承認及ヒ加入許可ヲ得サルヘカラストノ觀念ニ基ケリト認ム  
公法の破産主義ハ中古フランク「ノ民族間ニ行ハレタル職權主義ニ由リテ發生セリ同主義ニ依レハ總テ不從順ノ債務者ニ對シテ其人格ヲ奪ヒ其財産ヲ沒收シテ之ヲ債權者ノ満足ニ供シ殘餘ヲ國庫ニ收メタリ私法の破産主義ハ羅馬法ノ公賣ヨリ發生シタルコトハ學者間ニ爭ナキ所ナリ公法の破産主義ハ西班牙ニ於テ大ニ繁殖シ次テ獨逸ニ入リ第十七世紀及ヒ第十八世紀ノ頃ニ於テ大ニ實際上用ヒラレタリ私法の破産主義ハ伊太利ニ於テ繁殖シ羅馬ノ註釋家ニ依リテ唱道セラレ殆ト全世界ニ其勢力ヲ恣ニシタリ即チ佛蘭西ニ其他佛法系諸國ニ於テ行ハレ第十五世紀及ヒ第十六世紀ノ頃ニ於テハ獨逸ニモ行ハレタリ但獨逸ニ於テハ一時公法の破産主義ノ爲メニ其勢力ヲ失ヒタレトモ近來ニ至リテハ更ニ其勢力ヲ振フニ至レリ  
凡ソ立法ハ必スシモ主義ノ貫徹ヲ事ト爲スモノニ非ス立法上ノ目的ヲ達スル

カ爲メニ必要ナル以上ハ相反スル主義ヲ折衷シテ又之ヲ併用スルコトアリ近世文明諸國ノ立法ハ皆此傾向アリ隨テ諸國ノ破産法ハ公法的破産主義及ヒ私法的破産主義ノ間ニ徘徊シ其一ニ偏セタルナリ故ニ英國ノ破産法ハ通常ノ破産ニ於テハ私法主義ヲ採リ商事會社ノ破産ニ於テハ公法主義ヲ用ヒタリ獨逸及ヒ佛國ノ破産法モ亦此立法的傾向ニ漏レス然レトモ獨逸ハ沿革上公法的破産主義ニ傾タカ故ニ破産法ヲ訴訟法トシ佛國ハ沿革上私法的破産主義ニ傾タカ故ニ私法タル商法ニ破産法ヲ規定シタリ形式上我破産法モ佛法ト同一ナリ近世ノ立法ハ此ノ如キ傾向アルヲ以テ現行ノ法制ニ基キ學理上破産及ヒ破産法ノ性質ヲ斷定スルコト頗ル難シ然レトモ我破産法ハ民事訴訟法ト同シタリ法權行使ノ形式ヲ定メタルモノナルヲ以テ破産ハ一ノ訴訟ニシテ又破産法ハ訴訟法ナリト云フヲ正當ノ見解ト認ム

第二 一般的破産主義及ヒ商人的破産主義 一般的破産主義トハ商人非商人ノ區別ナク一般ニ破産ヲ適用シテ別ニ家資分散ナル制度ヲ認メタル主義ニシテ其論據ハ第一ニ沿革上破産ハ一般ニ行ハレタルモノナルコトハ羅馬法ニ依

ルモ又文明諸國ノ模範ト爲リタル佛國路易第十四世ノ商事勅令ニ依ルモ一點ノ疑ナシ第二ニ商人非商人ノ區別ハ立法上明確ナラス又取引カ人の信用ニ基ケルヤ否ヤハ實際上分別スルコト能ハサルナリ斯ル標準ニ基キテ破産ヲ適用テ商人ニ制限スルハ甚タ失當ナリ第三ニ獨逸ニ於ケルカ如ク破産ヲ以テ普通民事訴訟ノ一部ナリトノ思想ヲ正當ナリトスレハ商人破産主義ハ全然其根據ヲ有スルコト能ハストノ綜合的觀念ニ基ケリト認ム商人破産主義トハ破産ノ適用ヲ商人ノミニ限定シテ非商人ノ破産ハ特ニ之ヲ家資分散ト爲ス主義ニシテ其論據ハ商業ハ人的信用ニ根據ス故ニ第一ニ商人ハ商業ノ性質上人的信用ニ基ケル故ニ自己ノ資産ノ金錢的價額ヨリ多額ノ債務ヲ負フヲ通常ノ狀態トス隨テ多數ノ債權者アリテ又其債權者中盛ハ遠隔ノ地ニ住シ或ハ近隣ノ地ニ住スル者アルハ當然ナリ是ヲ以テ若シ破産制度ナカリセハ債務者カ其債務ノ支拂ヲ停止スルニ當リ債權者ハ其權利ノ全部又ハ一部ニ付キ満足ヲ得或他ノ債權者ハ金ク之ヲ得ルコトアルハ愈々以テ其結果遂ニ取引者間ニ不安ノ念ヲ來シ商業界ノ安寧ヲ紊亂スルハ瞭然タル故ニ法律ハ此場合ヲ豫想シテ平

等保護ノ破産制度ヲ設ケタリ第二ニ商人ハ商業ノ性質上自己ノ資産ノ金銭の  
債額ヨリ多額ノ債務ヲ負フヲ普通ノ狀態トス隨テ債權者中ノ一人カ債務不履  
行ノ爲メニ其債務者ノ總財産ヲ差押フルコトヲ必要トスル場合ニ於テハ總債  
權者ニ之ヲ知ラシメ以テ其權利ノ主張ヲ爲スヲ得セシムルヲ要ス故ニ法律ハ  
之カ爲メニ平等保護ノ破産制度ヲ設ケタルナリ民事取引ハ物の信用ニ基因ス  
ルカ故ニ第一ニ非商人ハ民事取引ノ性質上物の信用ニ基タラ以テ自己ノ資産  
ノ金銭の債額ヨリ多額ノ債務ヲ負フコトナキヲ通常ノ狀態トス隨テ商業ニ於  
ケルカ如ク多數ノ債權者ナク債權者ノ住所ノ遠近ノ別モ亦甚シカラス是ヲ以  
テ他ノ債權者ヲ害シテ自己ノミヲ利スル如キハ全ク杞憂ニ屬ス故ニ破産制度  
ノ必要ヲ見ス第二ニ非商人ハ自己ノ資産ヨリ多クノ債務ヲ負フコトナキヲ通  
常ノ狀態トス隨テ一ニ債權者カ債務者ノ財産ヲ差押フルモ之カ爲メニ自己  
ノ債權上ノ満足ニ危懼ヲ懷クノ理ナシ故ニ破産制度ノ必要ヲ見ス若シ事實上  
反對ノ現象ヲ見ルコトアルモ是レ商業ノ如キ性質ノ然ラシムル所ニ非スシテ  
當事者ノ隨意行爲ニ基ケリ故ニ法律ハ敢テ此場合ニ干渉スルノ必要ヲ見ス之

ヲ要スルニ破産ハ商人ニ必要アリテ非商人ニ必要ナシ非商人ニ對シテハ民事  
訴訟法ノ強制執行ヲ以テ足レリトスト云ヘル觀念ニ基ケリト認ム  
商人破産主義ハ中古伊太利ニ於ケル羅馬法ノ適用ノ實際ヨリ發生セリ第十四  
世紀ニ於テハ伊太利ハ歐洲ニ於ケル文明ノ中心トシテ商業ノ繁榮ヲ極メ且難  
馬法研究ノ隆盛ヲ來シタルヲ以テ伊太利ノ法曹ハ主トシテ支拂停止ノ商人ニ  
羅馬法ヲ適用シ法律上ノ需用ニ應シタルコトハ破産法沿革ノ證明スル所ナリ  
商人破産主義ハ佛蘭西商法第四百三十七條ノ完成シタル所ナリ(千六百七十二  
年ノ路易第十四世ノ商事勅令ニ於テ破産ニ關スル規定アレトモ破産ノ適用ヲ商  
人ニ限定セザリシコトハ同勅令第十一章第一條乃至第三條其他著名ナルジュ  
ス氏等ノ著書ニ依ルモ誠ニ明白ナリ)白耳義商法第四三七條伊太利商法第六八  
三條(ルーマニア)葡萄牙其他南米諸國ノ商法ハ佛蘭西商法ヲ母法ト爲シタル當然  
ノ結果トシテ商人破産主義ヲ採用セリ一般破産主義ハ破産ナル觀念ト共ニ發  
生セリ羅馬ニ於テハ法律上商人ノ區別ヲ爲ササルカ故ニ所謂破産法ハ  
總テハ債務者ニ行ハレタリ而シテ一般破産主義ハ破産ヲ以テ普通民事訴訟法

ノ一部分ト爲シタル法律の體達ヲ有スル獨逸ノ現今ニ至ルマテ終始一貫シテ認ムル所ニシテ又千八百八十三年ノ現行「イングラント破産法」ノ認ムル所ナリ商業ハ事物ノ性質上大ニ他ノ民事取引ト其性質ヲ異ニスルカ故ニ舊普羅西ノ破産法及ヒ之ヲ模範トシタル奧地利匈牙利捷諾威ノ破産法其他西班牙及和蘭ノ破産法ハ一般破産主義ト商人破産主義トヲ折衷シ破産法規中ニ商人破産ト非商人破産トヲ區別シタル而シテ奧地利匈牙利ノ破産法等ニ依レハ商人ノ破産ニ限リ支拂停止ヲ破産宣告ノ要件トシ又協諾契約ニ依ル破産終局方法ヲ認メタリ蓋シ商業ニ於テハ其性質上支拂期日ヲ確守スルヲ當然トスルヲ以テ支拂ヲ爲ササルトキハ其未拂者ニ對シ支拂不能ノ推定ヲ爲スヲ以テ正當ト爲ス然レトモ商業ト性質ヲ異ニスル他ノ民事上ノ取引關係ニ於テハ唯支拂期日ニ支拂ヲ爲ササルノミヲ以テ同一ノ推定ヲ下スハ實ニ失當ナリ又協諾契約ハ商人ニ對シテハ其必要アルモ非商人ニ對シテハ其必要ナシ商業ハ射倖の性質ヲ有スルヲ以テ協諾契約ハ商人ニ對シテハ其財產の地位ヲ挽回シ各債權者ニ満足ナル支拂ヲ爲ス機會ヲ與フルハ當然ナルモ非商人ニ對シテハ商人ノ如

ク射倖の職業ニ從事セサルノ結果トシテ一旦失敗シタル財產の地位ヲ挽回スルヲ得セシムルノ機會ヲ與フルノ價值ナキヤ明カナリ之ヲ換言スレハ協諾契約ハ商人ニ對シテハ利益の行爲タルノ體面ヲ保ツコトヲ得レトモ非商人ニ對シテハ全ク情實の行爲ニ止マルヘシトノ論據ニ基ケルモノナルヘシ奧地利破産法第一九八條第六二條乃至第六四條第二〇七條乃至第二四五條普羅西破産法第一一三條第一一四條第一一五條第三一九條乃至第三二二條丁抹破産法第四一條乃至第四四條第一〇〇條諾威破産法第二條乃至第五條第六〇條然レトモ支拂停止カ支拂不能ノ推定ノ材料タルニ足ルヤ否ヤハ事實上裁判官ノ認定ニ委スルヲ正當トス又協諾契約ハ債權者カ自己ノ利害得失ニ隨ヒ或ハ之ヲ取結ヒ或ハ之ヲ取結ハサルモノナレハ絶對的ニ民事取引ニ認ムルコト能ハスト云フノ理ナカルヘシ故ニ商人破産ト非商人破産トニ法規上ノ區別ヲ設クルハ理論上正當ト認ムヘカラス況ヤ商人非商人ノ區別ノ標準ハ立法上及ヒ學理上之ヲ定ムルコト頗ル難キニ於テヤ是ヲ以テ瑞西ニ於テハ一新機軸ヲ出シ何人ト雖モ義務法第八百六十五條第一項ニ基キ商業帳簿ニ登錄ヲ爲シタルトモ



一 商事ニ關スル特別ノ適用ヲ受ケ之ニ依リ頗ル便宜ヲ受ケルト同シク破産法ノ適用ノ下ニ立チテ自己ノ利益上信用ヲ受ケルノ一方法トシテ爲サント欲スル者ハ商業帳簿ニ登録セサルヘカラスト爲セリ實際的ノ規定トシテハ一顧ノ價值アルヘシ

商人破産主義ト一般破産主義トノ運命ヲトスルニ將來世界ノ破産立法ヲ支配スルモノハ後者ニシテ前者ニ非サルヘシ蓋シ生活機關ニ瑕疵アルモノハ永久其生存ニ堪フルゴト能ハサルカ如ク商人破産主義ハ法制ノ生活機關トモ云フヘキ雖乎タル沿革上及ヒ理論上民事會社ニ對シテハ破産ノ必要敢テ商人ニ讓ラサルヘシノ根據ヲ缺キ吾人ノ生活關係ニ適セザレハナリ斯ル瑕疵ヲ外ニシテ商人破産主義ヲ採用シタル以上ハ商法中ニ破産法規ヲ設ケルモ敢テ咎ムヘキニ非ス又一般破産主義ヲ採用シタル以上ハ破産ヲ單行獨立ノ一法典ト爲スハ理論ノ要求スル所ナルヘシ故ニ私法の破産主義ニ重キヲ置キ商人破産主義ヲ採用シタル佛法系國ハ破産法規ヲ商法中ニ設ケ公法の破産主義ニ重キヲ置キ一般の破産主義ヲ認メタル獨派ノ立法ノ多クハ破産ヲ單行獨立ノ一法典ト

爲シタリ西班牙和蘭ノ立法ノ如ク商法及ヒ民事訴訟法中ニ破産法規ヲ定ムルハ破産ノ性質ヲ大ニ曖昧ナラシメ又立法主義ヲ注意セサル不當ノ立法例ト謂フヘシ我商法ハ商行爲ノ信用ヲ重スルノ理由ヲ以テ嘗テ商人破産主義ノ一變體タル商行爲破産主義ヲ發明シタレトモ(商法第九七八條現今ハ之ヲ排斥シテ商人破産主義ヲ採用セリ)商法施行法第一八三條而シテ將來ノ破産立法ハ一般の破産主義ヲ採用スヘキモノタルコトハ我民法ノ明示スル所ナリ(民法第一三七條第四五二條但書民法施行法第二條)

(B) 目的 破産ハ利益配當主義ノ實行トシテ總テノ債權者ニ對シテ其債務ヲ完済スルニ不十分ナル債務者ノ財産ヲ以テ平等の滿足ヲ得セシムルヲ目的トスルコトハ獨逸ノ破産法理由書ニ依ルモ極メテ明瞭ナリ此目的ヲ達スルカ爲メニハ破産手續ノ開始及ヒ終局ノ特別手續又金錢の價額確定ノ特別手續ヲ設ケサルヘカラスト蓋シ破産ハ破産債權者團體ノ共同利益ノ實行ニシテ又債務者ノ總財産ヲ以テ總債務ノ平等の辨濟ヲ爲スニハ債務者ノ各債權的の及ヒ消極的財産ノ比例の計算ニ最モ便宜ナル同質ノ範圍ヲ示スヘキ共通ノ性格タル金錢



的價額ニ著眼セサルヲ得サレハナリ此等ノ手續ヲ設クルハ他人訴訟ト同シク成ルヘク時間ト費用及ヒ勞力トヲ節略スルヲ目的トセサルヘカラス何トナレハ若シ然ラスンハ破産ハ債權者及ヒ債務者ヲ害スル機械タルニ終ルヘケレハナリ

(三) 破産ノ研究、國家カ破産ノ必要ヲ認メ之カ立法ヲ爲シタルトキハ吾人ハ之カ研究ニ力ヲ盡ササルヘカラス破産法ノ研究ハ他ノ法典ト同シク逐條説明ニ依ルト綱目説明ニ依ルトノ二アリ予輩ハ後者ノ方法ヲ選擇シタリ蓋シ後者ハ前者ニ比シテ説明ノ重複ヲ省キ原則ヲ容易ニ知ルノ利益アレハナリ綱目説明ニ依レル研究法ヲ選擇シタル以上ハ第一著手トシテ現行法ニ基キ複雑ナル法律關係ヲ分析シ之ヲ簡單ナル原則ニ歸納シ再ヒ之ヲ適當ニ排列シ以テ法典ノ綱目以外ニ於テ獨立ノ綱目ヲ定メサルヘカラス先テ破産ノ概念ヲ知リ次ニ破産法規ノ内容ヲ知リ終ニ破産法ノ效果ヲ知ルハ攻學上ノ當然ナル順序ナリ而シテ破産法規ヲ大別シテ實體的破産法規ト形式的破産法規ト爲スハ學理上當然ニシテ又獨逸埃太利丁抹等ノ破産法カ採用スル所ナリ如何ナル債權破産

債權ヲ有スル者カ如何ナル債務者ニ屬スル如何ナル財產破産財團ニ對シ破産の執行ヲ爲スコトヲ得ルヤ又破産の執行ノ開始及ヒ進行ハ破産者破産債權者其他利害關係人ノ財產的法律關係ニ如何ナル效果ヲ生スルヤノ問題ハ實體的破産法規ノ解答スル所ニシテ如何ナル形式ニ依リ破産債權者ハ其權利ヲ破産法ニ對シ實行スルコトヲ得ルヤノ問題ハ形式的破産法規ノ解答スル所ナリ此觀念ニ基キテ予輩ハ左ノ如キ綱目ヲ掲ケ破産法ヲ説明スヘシ

### 第一編 總論

#### 第一章 破産ノ沿革及ヒ法源

#### 第二章 破産ノ性質及ヒ破産法ノ性質

#### 第三章 破産法ト他ノ法律トノ關係

### 第二編 實體的破産法規

#### 第一章 破産債權

#### 第二章 破産財團

#### 第三章 破産宣告ノ效力

第三編 形式の破産法規

第一章 破産機關

第二章 破産當事者

第三章 破産手續ノ進行

第四編 破産法ノ效果

第一章 人ニ關スル效果

第二章 所ニ關スル效果

第三章 時ニ關スル效果

附言

第一章 破産罰則

第二章 支拂猶豫

以下順次之ヲ説明セン

第一編 總論

第二節 官吏ノ種類

官吏ハ其觀察點ヲ異ニスルニ從ヒテ之ヲ種種ニ區別スルコトヲ得ヘシト雖モ  
今左ニ其主要ナルモノニ付テ之カ説明ヲ試ミントス

(第一) 任官ノ形式ニ依ル區別

(一) 高等官

(第二) 職務ノ性質ニ依ル區別

(一) 文官

(二) 武官

(第三) 任用上ノ資格ニ依ル區別

(一) 普通任用ノ官

(二) 特別任用ノ官

(第四) 俸給支給ニ依ル區別

(一) 俸給ヲ受クル官

(二) 俸給ヲ受ケサル官

(第二) 任官ノ形式ニ依ル區別

任官ノ形式ニ依リテ官吏ヲ區別スルトキハ高等官判任官ノ二ト爲スコトヲ得

ヘシ而シテ高等官ハ之ヲ細別シテ勅任官及ヒ奏任官ノ二ト爲シ更ニ勅任官ヲ分テテ親任官普通勅任官ノ二ト爲スコトヲ得

(一) 高等官 高等官トハ元首自ラ任免權ヲ行ヒテ任免スル官ヲ謂フ

(甲) 勅任官 勅任官トハ元首ノ發意ニ因リ元首自ラ任免權ヲ行使スル官ヲ謂フ

(イ) 親任官 親任官トハ親任式ヲ以テ叙任セラルル官ヲ謂フ親任式トハ元首親シク叙任スル形式ニシテ其辭令書ニハ親署ノ後御璽ヲ鈐シ總理大臣又ハ主座ノ大臣之ニ副署スルモノトス而シテ親任官ハ直接ニ元首ニ直隸シ元首ニ對シテ直接ニ其責ニ任ス故ニ文官懲戒令及ヒ分限令ノ適用外ニ立ツモノナリ約言スレハ親任官ハ最高ノ官ナルカ故ニ元首ノ外他ノ官ノ監督ヲ受ケサルヲ原則トス然レトモ此原則ニ對シテハ例外ナキニ非ス即チ其重要ナルモノハ内閣官制第三條ニ依リテ内閣總理大臣ノ爲メニ其命令又ハ處分ヲ中止セラルヘク又臺灣總督カ内務大臣ノ監督ヲ受クルカ如キ是ナリ(臺灣總督府官制第三條)

(ロ) 普通勅任官 普通勅任官トハ内閣總理大臣ノ奏薦ニ因リテ任免セラルル官ニシテ其辭令書ニハ御璽ヲ鈐ス普通勅任官ハ普通高等官等ノ一等二等ニ該當ス而シテ或官ハ二等ニ限リ或官ハ一等及ヒ二等ニ通スルモノアリ

(乙) 奏任官 奏任官トハ元首ノ發意ニ因ラス奏薦ヲ待チテ元首親ラ任免スル官ヲ謂フ即チ内閣總理大臣之ヲ奏薦シ其各省又ハ其各省所屬ノ官廳ニ屬スル者ハ總理大臣ヲ經由シテ主任大臣之ヲ奏薦シ裁可ヲ經テ上任スルモノナリ其辭令書ニハ内閣ノ印ヲ鈐シ内閣總理大臣之ヲ宣行ス奏任官ノ官階ハ七等ニ別ル即チ高等官等中三等乃至九等ノ部分ニ該當セリ

(二) 判任官 判任官ハ官廳ノ權限ニ委任シテ任免ヲ行フ官ナリ辭令書ニハ法定ノ形式ナシ而シテ判任官ノ官等ハ之ヲ五等ニ分ツト雖モ任命當時ニ於テ普通勅任官及ヒ奏任官ノ如ク一定ノ官等ニ叙セラレタルヲ例トシ唯俸給ノ高下ニ依リテ其官等ヲ推知スルコトヲ得ルノミ而シテ判任官中或官ハ一等ニ通シ或官ハ三等以下五等ニ局限セラル

(第三) 職務ノ性質ニ依ル區別

行政法 行政ノ組織 官吏ノ種類

職務ノ性質ニ依リテ官吏ヲ區別スレハ文官及ヒ武官ノ二ト爲スコトヲ得而シテ文官ハ法規ノ範圍内ニ於ケル國家統治權ノ行使所謂立法、行政、司法ニ關スル事務ヲ本務トシテ處理スル機關ニシテ武官トハ國家ノ戰鬪機關トシテ統治權方ハ實體ヲ組織シ所謂統帥權ノ範圍ニ屬スル國務ヲ處理スルヲ以テ本職トス武官ノ職務ノ内容ハ憲法ノ範圍ニ屬シ行政法ニ於テ論スヘキ限ニアラス武官ハ憲法第三十二條ノ規定ニ根據シ一般臣民又ハ文官ノ受ケタル制限ニ服スルモノニシテ武官關係ハ學者ノ所謂權力關係ヲ實現セルモノト謂フヘシ武官ノ本職ハ文官ト異ナル所アリト雖モ或ハ行政法上官廳トシテ論スヘキモノナキニ非ス例ヘハ要塞地帶法ノ關係ニ於ケル要塞司令官及ヒ鎮守府司令官ノ如キ是ナリ其他本官ニ非サル武官所謂相當官ノ處理スル事務ハ官署ノ事務トシテ論スヘキモノ其多キニ居ル

軍屬ハ武官ニ非スシテ文官ナリ然ルニ現行陸海軍刑法並ニ治罪法及ヒ懲罰令ノ關係ニ於テハ武官ト同一ノ待遇ヲ受ケ若シ憲法第三十二條ノ規定カ軍屬ニ及ハサルモノトモハ此等現行法ノ規定ハ違憲大刑ト謂ハサルヲ得ス

### (第三) 任用上ノ資格ニ依ル區別

任用上ノ資格ヲ標準トシテ觀察スルトキハ普通任用ノ官及ヒ特別任用ノ官ノ二トス

普通任用ノ官トハ國家カ官吏ヲ任用スルニ當リ原則トシテ定メタル採用方法ニ依リテ採用セラレタル官ヲ謂ヒ特別任用ノ官トハ此原則規定ニ依リ輕キ場合ニ於テ特ニ制定セラレタル例外法ニ依リテ就官スルモノヲ謂フ

### (第四) 俸給支給ニ依ル區別

俸給支給ヲ標準トシテ官吏ヲ分ツトキハ俸給ヲ受クル官俸給ヲ受ケサル官ノ二種ト爲スコトヲ得ヘシ而シテ後者ヲ細別シテ絕對的ニ俸給ヲ受ケサル官ト地方費ヨリ俸給ヲ受ケル官ノ二種ト爲スコトヲ得

以上列舉シタル區別ノ外獨逸行政法ニ於テハ官吏ヲ分チテ帝國ノ官吏各邦ノ官吏公共團體ノ官吏ノ三種ニ區別セルモ我邦ニ於テハ右各邦ニ相當スルモノナク又公共團體ノ吏員ハ總テ公吏ト稱スルヲ以テ此區別ハ我國法ニ援用スルコトヲ得サルモノトス

### 第三節 官吏ノ權利義務

#### 第一款 官吏ノ權利

官吏カ享有スル權利ノ主要ナルモノヲ左ノ五種トス

- 一 俸給ヲ受タルノ權
- 二 退官後若クハ死亡後自己若クハ自己ノ遺族ニ對シテ賜金ヲ受タルノ權
- 三 實費ノ辨償ヲ受タルノ權
- 四 妄ニ其官職ヲ免セラレサルノ權
- 五 其他ノ特權

(第二) 俸給ヲ受タルノ權

官吏ノ俸給權ハ任官ト共ニ法令上直チニ發生スルモノアリ(例各省局長辭令書ヲ待チテ發生スルモノアリ)官吏ハ其就レノ場合タルヲ問ハス原則トシテ俸給ヲ受クルノ權ヲ有ス俸給權ノ内容ハ金錢上ノ給付ヲ受クルノ權利ナルヲ以テ其性質ハ民法上ノ債權ナリヤ否ヤノ疑問ヲ生ス予ノ信スル所ニ依レハ國家ノ

各般ノ行爲ハ國家自ラ特ニ明示シタル場合ノ外ハ其私法上ノ人格ニ依リテ爲シタルモノト推定スルヲ得ス國家客般ノ行爲ハ反對ハ舉證ナキ限ハ公法上ノモノト看做ス(ヘキモノナリ)而シテ任官ハ既ニ詳論シタルカ如ク公法上ノ國家ニ對スル公約ニシテ國庫ニ對スル雇傭契約ニ非ス故ニ任官ニ依リテ官吏ノ有スル俸給權及ヒ國家カ負擔スル俸給支給ノ義務ノ如キモ亦公法上ノモノト斷スルヲ至當トス即チ國務大臣カ官吏ノ俸給支給ノ爲メ支拂命令ヲ發スルハ公法上ノ國家機關タル資格ニ於テスルモノニシテ其支拂命令書ヲ受クタル官吏カ國庫ニ對シテ現金ノ支拂ヲ要求スルトハ全然別方面ニ在ルモノトス後ノ場合ニ於テ官吏ノ有スル權利ハ國庫ニ對スルモノニシテ純然タル私權ノ性質ヲ有スルモノナルモ其國務大臣ニ發令ヲ求ムルコトヲ得ルノ權ハ公權ナリト斷定セサルヲ得ス

今左ニ官吏俸給權ノ性質ニ關スル二三ノ學說ヲ掲ケテ參考ニ實セン  
第一說 官吏關係ハ私法上ノ雇傭契約ニ準スヘキモノナルヲ以テ之ニ依リテ生スル所ノ權利モ亦私權ナリト

第二説 國家ハ官吏ノ勞務ニ因リテ利益ヲ受クルモノナリ此利益ニ對シテ國家ハ其之ヲ爲シタル者ニ報酬スル所ナカルヘカラス況ヤ官吏ハ國家ノ事務ニ從事スルニハ財産上ノ損失ヲ來スコト尠シト爲ササルヲ以テ國家ハ此損失ニ對シテ其受タル所ノ利益ニ應ジ官吏ニ補償ヲ與ヘサルヘカラス即チ官吏ノ俸給權ハ此法理ニ淵源シテ生スル一種ノ私權ナルコト疑ヲ容レサルナリト

第三説 官吏俸給權ハ官吏一箇人ノ利益ノ爲メニ設定セラレタルモノナリ私益ヲ保護スル爲メニ存在スル法規ハ私法ニシテ其之ニ依リテ保護セラレル權利ハ私權ナリトセハ官吏俸給權ハ私權ナリト謂フヘキナリト  
以上三箇ノ學說中第一説ハ論理ノ前提ニ於テ既ニ誤謬ニ陷レルモノナリ第二説ハ民法不常利得ノ法理ヲ採用セントスルモノナリト雖モ國家ノ受クル利益ハ法律上ノ原因ナクシテ受クルモノニ非サルヲ以テ民法上ノ法理ヲ適用スルノ限ニ在ラス第三説ハ公法私法ノ區別ニ關シテ其前提ヲ誤レルモノナルヲ以テ茲ニ詳論スルノ價值ナシ

我現行法ノ實際ニ於テハ官吏俸給權ノ性質ヲ徵證スルニ足ルヘキ別段ノ明文ナシト雖モ之ヲ以テ債權ノ一種ナリト看做スヲ得サルハ學理上疑ヲ容レサル所ニシテ判例亦茲ニ出ツルハ其當ヲ得タルモノナリト謂フヘシ而シテ既ニ官吏俸給權ヲ以テ一ノ公權ナリトセハ其公權侵害ニ對スル救済手段ハ之ヲ民事訴訟法ノ規定ニ求ムルヲ得ス必スヤ行政訴訟ノ手續ヲ採ラサルヘカラサルナリ現行法ハ恩給ニ對シテハ行政訴訟ヲ許シタルモ俸給ニ付テハ何等ノ規定ナキ所以ハ一ニ實際上必要ナキニ基因スルモノニシテ即チ會計法規カ會計官ヲ拘束シテ正確ナル履行ヲ保障シタルニ依ルモノナルヘシ  
官吏俸給權ノ立法上ノ根據ヲ考フルニ官吏ハ通常其全力ヲ舉ケテ國務ニ從事スルモノナルヲ以テ他ニ自己ノ生活ヲ支持スルニ足ルヘキ資料ヲ得ルノ途ナシ是ニ於テカ國家ハ官吏ニ對シテ其位地ニ相應スル俸給ヲ支給ス即チ俸給權ノ根源ハ官吏カ専心一意國務ニ從事シ又ハ從事スヘキ義務アル事實ニ伴フ國家ノ補償ナリ此點ヨリシテ立法上當然生スヘキ及ヒ生スルコトヲ得ヘキ結果ノ主要ナルモノハ(一)民事上ノ強制執行ノ目的ト爲スヘカラサルコト(二)職務ニ

從事スルコトヲ條件トシテ支給セサルヲ得ルコト等ナリ  
以上説明シタル所ハ俸給支給ニ關スル原則ナルモ此原則ハ實際上幾多ノ例外  
ヲ以テ制限セラレタリ例ヘハ官吏ニシテ俸給ヲ受ケサル者アルカ如キ又職務  
ノ多寡ニ應ジテ俸給額ヲ左右スルカ如キ是ナリ  
(第二) 退官後若クハ死亡後自己若クハ其遺族ニ對シテ賜金ヲ受ケルノ權  
(一) 恩俸 官吏ハ全力ヲ擧ケテ國務ニ從事シ俸給ノ支給ニ依リテ其生活費用  
ヲ支辨スルコトヲ得ヘシト雖モ若シ官吏カ自己ノ任意ニ非スシテ退官スルノ  
已ムヲ得サルニ至リタルトキハ既ニ世ニ用ヒラレサルノ人ナルヲ以テ國家ハ  
官吏ヲシテ退官後其生活ヲ安固ナラシムルノ途ヲ開クニ非サレハ官吏ヲシテ  
在職中後顧ノ憂ナク其職務ニ盡サシムルコトヲ望ムヘカラス加之退官後ノ官  
吏ヲシテ俄ニ窮乏ニ陥ラシムルハ國家ノ威嚴ヲ維持スル上ニ於テ避クヘキコ  
トニ屬ス是レ恩給制度ヲ設ケタル立法上ノ理由ナリ而シテ恩給權モ亦俸給權  
ト同シテ退官後ノ官吏カ國家ニ對シテ有スル公權ニシテ其私權ニ非サルコト  
ハ現行法ノ明記スル所ナリ

恩給ハ之ヲ分チテ通常恩給及ヒ特別恩給非常恩給ノ二トス今此兩者ヲ概説ス  
レハ通常恩給トハ文官判任以上ノ者カ十五年以上在官シテ法定ノ事由ニ該當  
シ退官シタル際ニ受ケルモノナリ又特別恩給トハ公務ニ原因スル傷疾疾病ニ  
因リテ不具癡疾ト爲リタル者カ在官年數ニ關係ナク受ケルモノナリ何レモ行  
政訴權ヲ以テ保障セラレタル公權ナリ

恩給ハ其額俸給ヨリ少キヲ例トス是レ退官後ノ官吏ニハ在官當時ニ於ケル  
同一程度ノ生活ヲ營マシムルノ必要ナキヲ以テナリ然レトモ退官後ノ恩給モ  
自ラ在官中ノ俸給及ヒ勤績年數ニ比例スルモノナルヲ以テ法律ハ恩給額ハ俸  
給額及ヒ勤績年數ニ比例シテ多少ノ差アルコトヲ規定セリ

(二) 遺族扶助料 官吏若クハ官吏タリシ者カ死亡シタルトキハ其遺族ハ俄ニ  
扶養ヲ受ケヘキ途ヲ失フヲ以テ國家ハ法定ノ事由アル場合ニ於テ其遺族ニ扶  
助料ヲ受ケルノ權ヲ認メタリ而シテ遺族扶助料ノ性質ハ恩給及ヒ俸給ト異ナ  
ラス又行政訴訟ニ依リテ救済セラルルコトハ現行法ノ認ムル所ナリトス  
遺族扶助料ニモ亦普通遺族扶助料及ヒ特別遺族扶助料ノ二種アリ而シテ其區

別標準ハ前述恩給ニ於ケル區別標準ト略ホ相同シ  
(三) 退官賜金 一年以上在官シテ後退官シタル官吏ニシテ恩給權ナキ者ニ給スル一時賜金ナリ其性質ニ至リテハ前掲各種ノモノト異ナル所ナシ  
(四) 死亡賜金 死亡賜金ハ官吏カ在官中死亡シタル場合ニ其俸給ト勤積年數トニ應ジテ遺族ニ給スル一族賜金ヲ謂フ  
(五) 實費ノ辨償ヲ受クルノ權 官吏ハ其職務執行ノ爲メ消費シタル一定ノ費用ニ付テ實費辨償ヲ受クルノ權ヲ有ス

實費ノ辨償ハ官吏收入ノ一部ヲ組成スルモノニ非ス單ニ職務上ノ負擔ヲ均一ニスルカ爲メニ設ケラレタル制度ナリ而シテ此權利ハ民法委任ノ規定ニ依リ受任者カ委任者ニ對シテ委任事務處理ノ爲メニ必要ナリシ費用ノ支拂ヲ請求スルノ權利ト略ホ同一ノ法理ヲ以テ説明スルコトヲ得ヘシ然リト雖モ此權利モ亦官吏タル分限ニ基キ命令權ノ主體タル國家ニ對シテ有スル俸給權ノ性質ト同シタ公權ノ性質ヲ有スルモノナリ

#### (第四) 妄ニ其官及ヒ職ヲ免セラレサルノ權

學者或ハ官吏ノ權利ヲ官ヨリ生スル權利ト官ニ付テハ權利トノ二ト爲シ前者ハ即チ俸給權又ハ恩給權ノ如キヲ指シ後者ハ官吏カ其官ヲ維持シ得ルノ權ヲ謂フト論スル者アリ茲ニ所謂官及ヒ職ニ對スル權トハ實ニ此後者ニ屬スルモノナリ而シテ此權利ハ立法上區別ニ出テ或ハ一般ニ之ヲ認ムルモノアリ然ラサルモノアリ或ハ一定ノ官吏ニ付テノミ此權利ヲ認ムル等歸一スル所ナシ我邦ニ於テハ從來司法官評定官検査官ノ如キ法律ヲ以テ定メラレタル官ニ對シテハ總テ此權利ヲ與ヘタリト雖モ一般ノ文官ニ對シテハ此權利ヲ認メザリシカ明治三十二年四月文官分限令ノ施行ニ依リ特別ノ官ヲ除クノ外一般ノ行政官モ亦此權利ヲ認メラルルニ至レリ

(二) 官ニ對スル權 官吏ハ其官ヲ奉仕シ其意ニ反シテ同等官以下ニ轉官セラレサルヲ原則トス但左記各項ノ一ニ當ルトキハ當然其官ヲ失ヒ又ハ失ハシムルコトヲ得ヘシ

一 刑法ノ宣告又ハ懲戒處分アリタルトキ



- 二 不具痼疾又ハ心神ノ親弱ニ因リ職務ヲ執ルニ堪ヘサルトキ
  - 三 傷病ヲ受ケ若クハ疾病ニ罹リ其職ニ堪ヘサルトキ又ハ便宜ニ依リヲ退官又ハ罷官ヲ願出タルトキ
  - 四 官制又ハ定員ノ改正ニ因リテ過員ヲ生シタルトキ
  - 五 廢官廢廳アリタルトキ
  - 六 休職ヲ命セラレ滿期ニ至リタルトキ
  - (二) 職ニ對スル權 官吏ニシテ一定ノ職務ニ就キタル以上ハ左ノ各箇ノ一ニ該當スル場合ニ非サレハ其職ヲ失フコトナシ
  - 一 懲戒令ニ依リ懲戒委員會ノ審査ニ附セラレタルトキ
  - 二 刑事事件ニ關シ告訴若クハ告發セラレタルトキ
  - 三 官制又ハ定員ノ改正ニ因リテ過員ヲ生シタルトキ
  - 四 官廳事務ノ都合ニ因リテ必要ナルトキ
- 以上ハ一般文官ニ關スル現行法制ノ要綱ヲ説明シタルモノナリ其他特別ノ文官ニ對シテハ各其法令ニ付キ詳細研究スルシ

第五 其他官吏タル分限ニ附從スル特權

此種ノ特權ハ官吏ノ種類ニ依リテ必スシモ一様ナラス而シテ官位ヲ稱シ服飾其他官位ノ徽章ヲ帶フルコト及ヒ一定ノ場合ニ其身體生命ニ關シテ一般臣民ノ享有スルコトヲ得サル保護ヲ受クル權ノ如キハ其最モ普通ナルモノニ屬ス或學者ハ斯ル事項ハ國家ノ威嚴ヲ保チ國法ノ作用ヲ全ウスルカ爲メニ生シタルモノニシテ事官吏ニ關スト雖モ稱シテ權利ト曰フハ穩當ナラスト論スル者アリ然レトモ此論旨ヲ貫徹スルトキハ俸給權恩給權ノ如キモ亦之ト同一ノ論定ヲ下ササルヲ得サルコトト爲リ遂ニ官吏ノ權利ノ存在ヲ認ムルコト能ハサルニ至ルヘシ救濟ノ手段ノ有無ハ別論トシテ此等ハ特ニ法ニ依リテ保護セラレタル意思ノ力タルヲ以テ權利ト稱スルモ支障ナシト信ス

第二款 官吏ノ義務

官吏ハ國家ニ對シテ特別ノ義務ヲ負擔ス此義務ハ即チ國家ノ官吏監督權ニ相對スルモノナリ官吏監督權ハ統治作用メ一ナリト雖モ直接ニ國家ノ目的ヲ達

スルカ爲メニ一般臣民ニ對シテ行ハルモノト異ナリ國家ノ統治組織ヲ其内  
部ニ於テ維持スルノ目的ヲ有スルモノナリ。官吏ノ職務ハ一言以テ之ヲ蔽ヘハ忠誠奉公ノ義務ナリ今便宜ノ爲メ左ノ四點  
ヨリ説明ヲ試ミントス

一 忠實ノ義務

二 服從ノ義務

三 品位ヲ保ツノ義務

四 秘密ヲ守ルノ義務

(第一) 忠實ノ義務 忠實ノ義務ハ一定ノ場所ニ居住シ職務ヲ離ルルコトナク且職務執行上  
忠實ノ義務ノ内容ハ一定ノ場所ニ居住シ職務ヲ離ルルコトナク且職務執行上  
忠實勤勉ナルヘキ義務ナリ此最後ノ忠實勤勉トハ官吏服務規律第一條ニ所謂  
「官吏ハ天皇陛下及ヒ天皇陛下ノ政府ニ對シ忠實勤勉ヲ主トシ法令ニ從ヒ其職  
務ヲ盡クスヘシトアルニ根據セリ此義務ニ付テ起ルヘキ問題ハ官吏ハ時ノ政  
府ニ反對スル行爲ヲ爲スコトヲ得サルヤ否ヤ是ナリ此問題ニ對シテハ一概ニ

答フルコトヲ得ス法律又ハ命令ニ依リ官吏カ自己ノ自由意思ヲ以テ其行動ヲ  
爲スヘキコトヲ間接又ハ直接ニ定メラレタル場合ニ在リテハ時ノ政府ノ意思  
ニ反對スル所爲ヲ爲スコトヲ妨ケタルナリ例ヘハ選舉權ヲ有スル官吏カ時ノ  
政府ニ反對スル黨派ノ議員候補者ニ投票スルカ如キ又帝國議會ノ議員タル官  
吏カ政府提出ノ法律豫算ニ反對スルカ如キハ所謂忠實ノ義務ニ背反スルモノ  
ト謂フヲ得ス

學者或ハ官吏カ分限上ノ義務ニ違反スル場合ニ於テハ一般臣民トシテ有スル  
權利ハ之ヲ行使スルコトヲ得スト論スル者アリト雖モ元來官吏ノ忠實ノ義務  
トハ政府ニ反對スル者ハ其官職ニ止マルコトヲ得ス又政府ニ反對スル意思ヲ  
有スヘカラサルコトヲ絕對ニ定メタルモノニ非ス法令ノ規定ニ依リ自由意  
思ヲ發表スル權利ヲ有スルトキハ當該法令ノ結果ハ官吏法上ノ義務ヲ制限シ  
官吏ニ自由行動ノ餘地ヲ與フルモノト爲中不也又法令ノ規定ニ依リ自由意  
思ヲ發表スル權利ヲ有スルトキハ當該法令ノ結果ハ官吏法上ノ義務ヲ制限シ  
(第二) 服從ノ義務 官吏ハ其職務執行上ノ便宜ノ爲メ左ノ四點  
服從トシ止官ノ命令ニ服從スルコトヲ意味ス而シテ上官トハ下級官廳ニ對シ

ア上級官廳ト云フト等シク自己ニ對シテ職務上ノ監督權ヲ有スル官吏ヲ謂フ  
上官ノ監督權ニ付テハ官吏服務規律第十六條ニ一般ノ規定ヲ設クト雖モ各官  
制中ニモ亦往往同様ノ規定ヲ設ケタリ其中不用ノ文字タル場合多シトス  
官吏服務義務ノ範圍ニ付テハ諸國ノ國法一トシテ明確ナル規定ヲ設ケタルモノ  
ナシ唯下官ハ上官ノ命令ニ服從スヘシト規定シ上官ノ命令ニ依リテ爲シタル  
行爲ハ刑法上ノ責任ヲ免ルルコトヲ規定スルニ止マルノ法ヲ以テ下官ノ服  
從義務ノ範圍ヲ明記スルハ官紀振肅ノ上ニ於テモ最重要ナル事項ニ屬スル  
ニ拘ハラズ諸國ノ制度カ頗ル曖昧ヲ極ムル所以ノモノハ惟フニ一方ニ於テハ  
學說未タ一定セサルコトト他方ニ於テハ事務ノ敏活ヲ圖ルカ爲メニ下官カ其  
常識ニ依リテ自己ノ服從義務ヲ節制スルノ外上官ノ意見ヲ徹底セシムル便宜  
上ノ必要ニ出タタルモノナランカ而シテ國法ノ規定不明ナルニ拘ハラズ服從  
義務ノ範圍ヲ決定スルコトハ往往ニシテ實際上ノ必要アルヲ以テ學者各其見  
解所ニ從ヒテ立論シ毫モ相讓ラサル勢アリ予ハ先づ第一ニ主要ナル學說ヲ揭  
示最後ニ卑見ヲ述ヘントス

第一説 絶對服從説 此説ニ曰ク下官ハ上官ニ對シテ限界ナキ服從義務  
ヲ有ス詳言スレハ上官タル人カ下官タル人ニ或事項ヲ命令シタル場合ニ於テ  
ハ下官ハ自己ノ意見ノ如何ニ拘ハラズ絶對ニ之ニ服從スルノ義務ヲ有スト爲  
スニ在リ  
其論據トシテ述フル所ヲ聞クニ曰ク下官ハ上官ニ對シテ法規解釋上高等ナル  
解釋權ヲ有スルコト能ハサルノミナラズ對等ナル解釋權ト雖モ之ヲ有スルコ  
トナシ故ニ上官ノ意見ト下官ノ意見トカ衝突スルトキハ下官ハ其下官タル位  
地ニ伴フ當然ノ義務トシテ上官タル人ノ命令ニ絶對服從義務アルコト尙ホ臣  
民カ官廳ノ處分ヲ違法ナリト思惟セシカ爲メニ之ニ服從義務ナシト謂フヲ得  
サルト異ナル所ナシ上官ハ下官ニ命令ヲ爲スニ當リ其命令ノ違法ナルコトヲ  
證明スルノ責任ヲ有スルモノニ非サルナリ又上官ハ通常或行爲ヲ爲スヤ總テ  
之カ責任ヲ負フモノナルヲ以テ自己ノ責任ヲ以テ發表シタル命令ニ對シテハ  
其命令ニ付キ何等ノ責任ニ任セサル下官カ其命令ノ形式實質ヲ審査シ違法ナル  
コトヲ稱ヘテ服從ヲ拒ムヲ得ス若シ假ニ之ヲ拒ムコトヲ得トセバ行政監督ヲ

權ハ移リテ下官ノ掌握スル所ト爲リ最下級官吏カ其實最上級官吏カ奇觀ヲ呈示スルニ至ルヘシト  
第二説 相對服從義務説 此説ヲ主張スル學者ハ最も多數ニシテ其論據亦多岐ニ涉ルヲ以テ左ニ之ヲ列記セン  
（甲説）下官カ上官ノ命令ヲ違法ナリト思惟シタル場合ニ於テ之ニ對シテ自己ノ意見ヲ陳述スルノ權利ヲ有ス面シテ下官カ自己ノ意見ヲ陳述セシニ拘ハラヌ上官ニシテ尙ホ其命令ヲ改メサルトキハ始メテ絕對服從ノ義務ヲ有スルニ至ル  
（乙説）上官ノ命令カ明カニ憲法法令ニ違背スルモノト認メタルトキハ服從ノ義務ナシト雖モ其疑アル場合ニハ服從ヲ拒ムコトヲ得ス  
（丙説）上官ノミカ責ニ任スヘキ事項ニ關シテ下官ニ對シ命令ヲ發シタルトキハ下官ノ服從義務ハ絕對的ナリ然レトモ下官モ亦其實ヲ分ツヘキ事項ニ關スルモノナルトキハ下官ハ自己ノ意見ヲ以テ其服從ヲ拒ムコトヲ得  
（丁説）下官ハ上官ニ對シ左ノ三箇ノ場合ヲ除ク外絕對服從ノ義務ヲ有ス

一 上官ノ權限外ノ事項ニ關スル命令ナルトキ  
二 下官ノ權限外ノ事項ニ關スル命令ナルトキ  
三 命令ノ實質違法ナルトキ  
右一及ヒ二ノ場合ニ於テ服從義務ナシト云フハ上官ハ其權限内ニ於テノミ上官タリ下官ハ亦其自己ノ權限内ニ於テノミ下官ナルカ故ニ上官ノ權限外ノ命令ハ一私人ノ命令ト看ルヘタ下官ノ權限外ノ命令ハ對等人格者タル箇人ニ對スル命令ト看ルヘケレハナリ又三ノ場合ニ服從義務ナシト云フハ法令ハ上官ヲ拘束スルト同時ニ下官ヲモ拘束スルモノナルヲ以テ上官ノ命令カ其實質ニ於テ違法ナルトキハ下官ハ法令ニ拘束セララルノ結果之ニ服從スルノ義務ナシ  
（戊説）下官ハ左ノ四箇ノ場合ヲ除ク外上官ノ命令ニ對シ絕對服從義務ヲ有ス  
一 上官ノ命令カ國家ノ事務ニ關セサルトキ  
二 上官ノ權限外ノ命令ナルトキ  
三 下官ノ權限外ノ命令ナルトキ  
四 命令ノ形式ヲ具備セサルトキ

右二及ヒ三ノ場合ニ於テ服從義務ナキ理由ハ前説ニ異ナラス一ノ場合ニ於テ服從義務ナシト云フハ官吏ノ服從義務ハ官吏カ國家ニ對シテ負擔スル義務ニシテ上官ノ命令ニ服從スルハ即チ國家ノ命令ニ服從スル所以ナリ果シテ然ラハ其命令ノ實質カ國家ノ事務ニ關セサル場合ニ於テハ服從ヲ拒ムコトヲ得ヘキハ當然ナリ四ノ場合ニ於テ服從義務ナキハ形式ヲ具備セサル命令ハ下官ニ於テ當該命令カ果シテ上官ノ命令ナリヤ否ヤヲ知ルノ材料ニ缺如セルカ故ナリ而シテ此論者ハ更ニ一步ヲ進メテ論シテ曰ク下官カ上官ヨリ命令ヲ受ケタル場合ニ於テ必ス此四箇ノ點ヲ審查スヘク其結果該命令カ服從スヘカラサルコトヲ發見セシトキハ抗拒スルノ權利ヲ有ス下官カ故意又ハ過失ニ因リテ服從スヘカラサル命令ニ服從セシトキハ上官ノ命令タリシコトヲ口實トシテ義務違背ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ス然レトモ若シ下官カ其審查ヲ誤リ服從スヘキ命令ニ服從ヲ拒ムトキハ是レ亦義務違反ノ責ヲ免ルルコトヲ得スト此説ヲ主張スル論者ハ下官ハ上官ノ命令ノ實質ヲ下官カ審查スルコトヲ得サルモノト斷定シ其理由トシテ論シテ曰ク上官ノ命令カ違法ナルコト確定シタルトキ

ハ下官ニ違由ノ義務ナキコト疑ヲ容レスト雖モ上官カ適法ナリト信シテ發シタル命令ハ何人カ之ヲ違法ナリト決定スルコトヲ得ルヤヲ考ヘサルヘカラス上官ハ其權限内ニ於テ其法規ヲ解釋シ之ヲ適用スルノ職權ヲ有スルヲ以テ此適用ト解釋トハ職權アル機關ニ依リテ取消サレサル間ハ效力ヲ有スルコト勿論ニレテ下官ハ其取消サレサル間ハ之ヲ遵奉スルノ義務ヲ有スルモノナリ今本論ニ入ルニ先チテ二三ノ注意スヘキ點ヲ摘示セン

(第一點) 官吏服從義務ノ範圍ヲ定ムルコトハ純然タル解釋論ナリ凡テ行政法ノ問題ハ成文法ノ不完備ナルカ爲メ極メテ立法論ニ流レ易キモノトス而シテ本問官吏服從義務ニ關シテモ學者ノ説々所概キ立法論ニ偏スルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ凡ソ或事項ニ付キ荷モ明文ノ存在セル以上ハ此明文ヲ外ニシテ擅ニ臆斷ヲ逞シクスルコトヲ許サザルナリ然リ而シテ本問題ハ下官カ如何ナル程度ニ於テ上官ノ命令ニ服從スルヲ可トスルヤニ非スシテ唯現行法上下官ハ如何ナル程度ニ於テ上官ニ服從スルヤノ問題ナリ其結果トシテ吾人ハ我現行法ノ上ニ於テ總テノ關係條文ヲ彙集シ論理的ニ之カ討究ヲ爲サ

ナルヘカヲサレモノトス。然レハ、官吏ノ職務ニ關スル規定ハ、大凡二箇ニ區別スルコトヲ得ヘシ即チ  
現行法上官吏服從義務ニ關スル規定ハ、大凡二箇ニ區別スルコトヲ得ヘシ即チ  
一ハ一般ノ官吏ニ關スルモノニシテ他ハ特別ノ官吏例ヘハ判事、検査官又ハ評  
定官ノ如キ官吏ニ關スルモノナリ而シテ此二者ハ其法規ノ異ナルニ從ヒ各異  
ナリタル斷定ヲ下スノ必要ヲ認ム。  
(第二點) 官吏服從義務ノ問題ハ、下官カ主觀的ニ違法ナリト思惟セシ場合ニ惹  
起スルモノナリ抑モ上官ノ命令カ法令ノ結果トシテ違法ナルコトノ確定シ  
タル場合即チ客觀的ニ違法ナル場合ニ於テハ本問ヲ生スルコトナシ何トナレ  
ハ違法ノ命令ニ服從スヘカヲサレハ論ヲ缺タサレハナリ  
(第三點) 官吏服從義務ノ問題ハ、人ト人トノ關係ニ付キ生スルモノナリ。上官  
ノ命令ニハ下官カ服從スル義務アリヤノ問題ヲ法律的ニ解釋セハ勿論之アリ  
ト謂ハサルヘカラス何トナレハ上官ハ上官タル資格ヲ具有シ下官ハ下官タル  
資格ヲ具有スヘキコトヲ斷斷シタルヲ以テナリ然レトモ上官タル人カ下官タ  
ル人ニ向ヒテ發シタル命令ニ對シ下官タル人ハ常ニ之ニ服從スヘキヤト云フ

ニ一概ニ之ニ答フヘカヲサレモノトス。蓋シ服從義務ニハ自ラ一定ノ範圍アレ  
ハナリ而シテ予カ茲ニ上官ト謂スハ上官タル人ヲ意味スルモノニシテ下官ト  
稱スルハ下官タル人ヲ指示スルモノナルコトニ注意スルヲ要ス  
以上ノ前提ヲ置キテ我現行法ハ如何ナル規定ヲ設タルヤヲ觀ルニ前段論シタ  
ルカ如ク之ヲ一般ノ官吏服從義務及ヒ特殊ノ官吏服從義務ニ分テテ論述セサ  
ルヘカラス。  
(甲) 一般ノ官吏服從義務  
一般ノ官吏服從義務ニ關スル現行規定ハ官吏服務規律及ヒ刑法中ニ規定セリ  
官吏服務規律中第一條ニ官吏ハ法令ニ從ヒテ職務ヲ盡スヘシト第二條ニ「官吏  
ハ其職務ニ付本屬長官ノ命令ヲ遵守スヘシ但其命令ニ對シ意見ヲ述ルコトヲ  
得」又刑法第七十六條ニ本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル者ハ其  
罪ヲ論セストアル是ナリ而シテ一般ノ官吏服從義務ノ問題ハ結局此三箇ノ材  
料ニ付テノミ論セサルヘカヲサレナリ。  
竊テ本問ヲ惹起スルニハ左ノ二箇ノ事實ノ存在スルコトヲ要ス

- (一) 上官ノ命令アリシコト
- (二) 下官ニ於テ其命令ヲ違法ナリト思惟セシコト
- 違法ト稱スルハ左ノ數箇ノ場合ヲ包含ス
- (イ) 上官若クハ下官ノ權限外ニ涉ルコト
- (ロ) 命令ノ實體カ違法ナルコト
- (ハ) 命令ニ一定ノ形式アルヘキ場合ニ於テハ其形式ヲ具備セサルコト
- (ニ) 國家ノ事務ニ關セサルコト
- 上官ノ命令ハ之ヲ客觀的ニ觀察スルトキハ左ノ如ク區別スルコトヲ得ヘシ
- (一) 國家ノ意思ノ認定ヲ誤マラサリシ場合適法
- (二) 國家ノ意思ニ非サル他ノ意思ヲ發表シタル場合(違法)
- 此(二)ノ場合ハ更ニ左ノ二箇ノ場合ニ細別スルコトヲ得
- (1) 惡意ニ出タル場合
- (2) 善意ナルモ過失ニ出タル場合
- 上官ノ命令ハ前掲(一)及ヒ(二)ノ二箇ノ場合ノ外ニ出ラス而シテ其何レノ場合ニ

屬スルヤカ客觀的ニ既ニ確定セシ場合ニ在リテハ第二ノ場合ニ於テハ絕對服從義務ヲ有シ第二ノ場合ニ於テハ服從義務ヲ絕對的ニ有セサルコト當然ニシテ多言ヲ俟タサルナリ然リ而シテ上官ノ命令ノ效力カ上述セシ如ク客觀的ニ確定スルニハ其命令ヲ發シタル上官ニ對シテ監督權ヲ有スル他ノ上官カ法令ニ依リテ得タル權限ニ基キ之カ裁定ヲ爲シテタル場合ナラサルヘカラス故ニ其裁定ナキ間ハ其命令ノ違法ナリヤ否ヤハ毫モ確定ヲ見サルモノナルニ拘ハラス下官ハ其命令ニ對シテ服從ヲ拒ムヲ得ルヤ否ヤト云フカ實ニ本問題ノ實相ナリトス

此問題ヲ解釋セシカ爲メ左ニ上官ノ命令ヲ更ニ區別シ之ニ第一主觀的ノ觀察第二客觀的ノ觀察ヲ加フヘシ

第一 上官カ主觀的ニ國家ノ意思ノ認定ヲ誤ラストシテ命令ヲ發セシ場合此場合ノ命令ヲ客觀的ニ觀察スルトキハ左ノ二ト爲ル

(一) 現ニ其認定ヲ誤ラサリシ場合

(二) 過失ニ因リ認定ヲ誤リシ場合



第二 上官カ惡意ヲ以テ國家ノ意思ニ非スト思惟スル命令ヲ發シタル場合  
此場合モ亦之ヲ客觀的ニ觀察スルトキハ左ノ二ト爲ル

(1) 現實ニ國家ノ意思ニ反スル場合 (2) 偶然ニモ國家ノ意思ニ反セサル場合

今前ニ示シタル二種類ノ區別方法ヲ根基トシテ本問ニ付キ解析スル所アルヘ  
シ  
第一 上官カ主觀的ニ國家ノ意思ノ認定ヲ誤ラスト確信シテ命令ヲ發シタル  
場合

上官カ或命令ヲ發スルニ臨ミ其命令カ國家ノ意思ニ背反セスト確信セル場合  
ニ於テ其命令カ客觀的ニ違法ナリヤ否ヤハ當該上官ニ對シテ監督權ヲ有スル  
元首又ハ其他ノ上級機關ノ裁定ニ依ルニ非タレハ確定セズ故ニ上官ノ善意ヲ  
認定ト雖モ當然客觀的ニ違法ナルモノニ非ス他日違法ナリト決定セラルヘキ  
運命ヲ有ス此決定權ハ元首又ハ他ノ上官ニ屬スヘキコト勿論ニシテ元首又ハ  
他ノ上官ニ對シテハ當該上官ノ命令ハ確定力ヲ以テ對抗スルコトヲ得サルハ

之ヲ例示セハ日英條約第一條第一項ニ「兩締盟國ノ一方ノ臣民ハ他ノ一方ノ版  
國內何レノ所ニ到リ旅行シ或ハ住居スルモ全ク隨意タルヘク而シテ其ノ身體  
及財產ニ對シテハ完全ナル保護ヲ享受スヘシ」ト規定セル如キ其一例ナリ  
此等ノ改正條約ハ明治三十二年七月以來實施セラレタルモノニシテ現今ニ於  
テハ歐米條約國人民ハ汎ク我國版圖內ニ於テ完全ナル往來居住ノ自由ヲ享有  
スルモノナリ然レトモ外國人ノ享有セル往來居住ノ自由ハ內國人ノ如ク絕對  
的ニ非スシテ法律命令又ハ行政處分ニ依リテ之ヲ制限セララルコトアリ即チ  
若シ我國ノ安寧秩序ヲ害スルノ虞アル外國人ニ對シテハ我政府ハ其來住ヲ拒  
絶シ又ハ既ニ來住セル者ヲ國外ニ放逐スルコトヲ得而シテ斯ル場合ニ其本國  
政府ハ放逐セラレタル者ヲ必ズ引取ラサルヘカラス之ニ反シテ帝國臣民ハ如  
何ナル場合ニ於テモ國外ニ放逐スルコトヲ得ルモノニ非ス帝國憲法第二十二  
條ニ曰ク「日本臣民ハ法律ノ範圍內ニ於テ居住及移轉ノ自由ヲ有ス」ト隨テ帝國  
臣民ノ帝國內ニ於ケル居住ノ自由ヲ制限セントスルトキハ必ズ法律ノ形式ヲ  
以テ爲ササルヘカラス而シテ今日ニ至ルマデ我立法者ハ近世文明各國間ノ通

義ニ則リ帝國臣民ヲ國外ニ放逐スルコトヲ規定セル法律ヲ發布セザルカ故ニ帝國臣民ハ絕對的ニ我國内ニ居住スルコトヲ得ルヤ明カナリ此點ニ於テ内國人ハ外國人ト異ナル特典ヲ有ス内國ニ對シテ居留權ハ自由ニ行使スルカ故ニ千八百九十二年國際法協會ハ(一)外國人ノ來住ヲ許否シ又ハ一定ノ條件ヲ以テ之ヲ認許シ若クハ放逐スルノ權利ハ各國主權獨立ノ論理的且必然的結果ナリト雖モ(二)人道及ヒ正義ノ觀念ハ各國ヲシテ其公安ハ兩立スベキ範圍内ニ於テ現ニ其國ニ到來シ又ハ現ニ在留セル外國人ノ權利及ヒ自由ヲ尊重スルニ非サレハ此權利ヲ行ハサラシムルカ故ニ(三)此國際上ノ觀察點ヨリ一般ニ異議ナク認メラルヘキ原則ヲ定ムルノ必要ヲ考ヘ外國人ノ入國及ヒ放逐ニ關シ列國ノ共ニ遵守スベキ規則ヲ提出スルニ至レリ今其主要ナル規則ヲ摘抄スレハ左ノ如シ

第六條 風俗又ハ文化ノ根本的差異若クハ群ヲ成シテ渡來スル外國人ノ危險ナル團體又ハ増加ノ如キ公益上重大ナル理由存スル場合ニ限リ國內ニ

外國人ノ自由ニ渡來スルコトヲ一般且永久的ニ禁止スルコトヲ得

第七條 單ニ内國勞働者ノ保護ノモヲ以テ來住拒絶ノ理由ト爲スコトヲ得

第八條 戰爭内亂又ハ疾病流行ノ際外國人ノ渡來ヲ一時制限シ又ハ禁止スル權利ハ此規定ノ爲メニ妨ケラルルコトナシ

第十條 外國人ノ渡來又ハ在留ヲ禁遏センカ爲メ苛重ノ税金ヲ賦課シテ禁スヘカラス

第十二條 浮浪者乞食又ハ公衆衛生ヲ害スベキ性質ノ疾病人若クハ外國ニ於テ人ノ生命健康財產又ハ公ノ信用ニ關スル罪ヲ犯シタル確實ノ嫌疑アル者及ヒ此等ノ犯罪ノ爲メ刑罰ヲ宣告セラレタル外國人ニ對シテハ渡來ヲ禁止スルコトヲ得

之ヲ要スルニ浮浪者赤貧者傳染病者犯罪人等來住者ノ一身の事由ヨリシテ國家カ警察又ハ公安ノ爲メ其來住ヲ禁止スルコトヲ得ルハ一般ノ來住自由ノ例外トシテ國際法ノ認ムル所ナルカ故ニ條約ニ此例外的禁止ヲ明言スルト否ト

ヲ問ハサルモノナリ例ヘハ日英條約、日伊條約及ヒ日葡條約等ハ來住ノ自由ヲ規定スルノミニシテ此例外ヲ明言セサルモ日米條約、日露條約、日丁條約第二條末項ニ於テハ第一條及ヒ第二條ニ保障セル自由ハ絕對的ニ非シシテ警察及ヒ公安ニ關スル法令ノ制限ニ從フヘキコトヲ明言セリ此等ノ明言ノ有無ニ拘ハラス我國ハ前述ノ外國人ニ對シ來住ヲ禁止スルコトヲ得ルハ當然ノコトナリトス

來住者ノ身分、職業ニ由リテ或ハ來住ノ自由ヲ制限セントスル者アリ即チ一國ニ來住スル外國人ニハ他國ノ官吏アリ公吏アリ或ハ學藝ヲ授クル教師、學業ヲ目的トスル留學生、其他商人、工業人又ハ單純ニ快樂ノ爲メニ渡來スル旅客アリ或ハ勞役ニ從事スル勞働者アリ今國家ハ此各種類ノ外國人ニ對シテ其來住ノ制限ヲ異ニスルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題アリ例ヘハ北米合衆國カ支那人ノ來住ヲ禁止スル法律ヲ制定シテ支那勞働者ノ來住ヲ禁止シ南洋殖民地ニ於テ東洋勞働者ノ渡來ヲ禁止セントスルカ如キ場合ニ於テ斯ル禁止又ハ制限ハ正當ナリヤ否ヤノ問題ヲ生ズ抑モ勢力ハ人類天賦ノ最モ神聖ナル實本ニシテ各人

ハ世界ノ到處ニ此神聖ナル實本ヲ供給シテ生活ヲ營ムノ自由ヲ有ス特ニ歐米諸國ニ於ケルカ如ク簡人ノ自由ヲ尊重シ人類ハ自己ノ欲スル處ニ移住シ生存スルノ權利ヲ有スト主張スル限ハ勞働者ナルカ爲メニ來住ノ自由ヲ否認スルコトヲ得サルヘシ故ニ米國又ハ歐洲諸國ノ殖民地ニ於テ往往内國勞働者ノ保護ヲ口實トシテ外國勞働者特ニ支那及ヒ日本勞働者ノ來住ヲ禁止セントスルカ如キハ即チ此權利自由ヲ蹂躪セントスルモノト謂フヘシ彼ノ國際法協會カ公益上ノ理由ヨリ外國人ノ來住ヲ禁止スルコトヲ得ル場合ヲ認メタルニモ拘ハラス特ニ單ニ内國勞働者ノ保護ノミヲ口實トシテ外國人ノ來住ヲ拒絕スルコトヲ得スト明言セル所以ハ即チ斯ル不正不當ノ來住禁止ヲ防遏センカ爲メナリ換言セハ近世國際法學者ノ定説ハ勞働者タルカ爲メニ漫ニ其來住ヲ禁止スルコトヲ得サルハ猶ホ商人タリ旅客タルカ爲メニ之ヲ禁止スルコトヲ得サルト一般ニシテ勞働者モ亦來住ノ自由ヲ有スルコトヲ認ムルモノナリ果シテ然ラハ濠洲殖民地又ハ米國諸邦ノ如ク漫ニ東洋勞働者ノ來住ヲ禁止シ又ハ過當ノ上陸稅ヲ賦課シ若クハ洋路ヲ試驗シテ我勞働者ノ渡來ヲ制限セントスル

カ如キハ國際法上ノ原則ニ違反シ且列國同等ノ我國權ヲ無視スルモノト謂フヘシ況ヤ改正條約ノ如ク彼我對當ノ基礎ヲ以テ相互ニ汎ク他方ノ臣民ヲ來住自由ヲ擔保セル規定ノ存在セルニ於テヤヤ但日米條約第二條末項ニ於テハ第一條及ヒ第二條ノ規定ハ勞働者ノ移住ニ關シ現ニ行ハレ又ハ將來制定セラルヘキ法令ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシト附記セルカ故ニ將來若シ米國カ一般的ニ外國勞働者ノ移住ヲ制限スルニ至ラハ我國勞働者ハ此條約ノ規定ニ依リテ其制限ニ從ハサルヘカラス

犯罪人引渡ニ付テハ外國人ハ政治上ノ犯罪即チ國事犯ノ外ハ其本國ニ引渡サルルヲ以テ原則トス之ニ反シテ內國人ハ如何ナル種類ノ犯罪ニ付テモ外國ニ引渡サルルコトナキヲ以テ原則トス然レトモ近來犯罪人ノ所罰ニ關スル國際共同ノ思想益々發達スルニ隨ヒ互ニ條約ヲ締結シテ或種類ノ犯罪ニ關シテハ內國人ト雖モ尙ホ外國ニ引渡スコトヲ約スルニ至レリ我國ニ於テハ今日マテハ唯去ル明治十九年ニ北米合衆國ト犯罪人引渡條約ヲ締結シタルノミニシテ其他ノ諸國トハ此種ノ條約ヲ結ハス又明治二十年八月勅令第二十四號ヲ以テ逃

亡犯罪人引渡條例ヲ發布シ其第一條ニ所謂破廉耻罪即チ強姦殺人詐欺取財ノ如キ犯罪ニ付テハ帝國臣民ト雖モ相互主義ノ條約ニ依リ外國ニ引渡スコトアル場合ヲ規定セリ是レ自國人ハ國外ニ放逐スルヲ得サル原則ノ例外ニシテ且憲法ノ保障スル居住移轉ノ自由ニ對スル例外ナリ尙ホ自國人ヲ外國ニ引渡スヤ否ヤニ付テハ獨逸ハ消極主義ヲ採リ米國ハ積極主義ヲ採用セリ

犯罪人引渡ハ元來國際刑法ニ於テ論スヘキコトニシテ茲ニ之ヲ説明スヘキモノニ非ズ故ニ唯外國人ト帝國臣民トノ權利ノ異同ヲ論スル序ニ一言シタルノミ

以上ハ歐米條約國民ニ付テノ說明ナリ故ニ無條約國民及ヒ清國人並ニ朝鮮人ニ付テハ元來條約上ニ何等ノ規定スル所ナキヲ以テ我國政府ハ此等ノ國民ニ對シテハ自由ニ其來住ヲ制限シ若クハ居住ノ區域ヲ制限スルコトヲ得然レトモ實際上ノ必要ナキ限ハ之ヲ歐米條約國民ト區別スヘキ理由ナキヲ以テ現今ノ有様ニ於テハ清國人及ヒ朝鮮人其他無條約國民モ條約國民ト同等ニ其來往居住ノ自由ヲ認メタルナリ唯勞働者ニ付テハ主トシテ支那人ノ勞働者地方長

官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ從來ハ居留地以外ニ於テ勞働即チ農業、漁業、礦業、土木建築製造、運搬、挽車、仲仕業其他一般ノ雜役ニ従事スルコトヲ得ズ但下僕、下婢トシテ家事ニ使用セラルル者ハ此限ニ在ラストモ明治三十二年七月勅令第三百五十二號條約慣行ニ依リ居住ノ自由ヲ有セサル外國人ノ居住及ヒ營業等ニ關スル件參照

第二 身體ノ自由住所所有權及ヒ文書ノ不可侵便宜ノ爲メ茲ニ併セテ説明ス此等ノ權利ニ付テモ外國人ハ內國人ト同一ノ保護ヲ享有セリ即チ不法ノ逮捕拘留家宅侵入家宅搜索差押沒收及ヒ不法ノ公用徵收ニ對シテ保護セラルルノ權利ヲ有スルコトハ條約上ニ於テモ明カニ規定セル所ナリ例ヘバ日英條約第一條及ヒ第四條ノ如キ其他之ニ該ル他國ノ條約ニモ皆之ヲ規定ス唯放逐及ヒ犯罪人引渡ニ關シテハ前段ニ於テ既ニ説明シタルカ如ク內國人ト取扱ヲ異ニスルヲ以テ隨テ其結果トシテ逮捕拘留家宅搜索差押沒收等ヲ受タルコトハ內國人ト異ナルコトアルヲ免レス又身體及ヒ財産ノ保護ニ關シテハ或場合ニ於テハ外國人ハ內國臣民ヨリモ厚キ保護ヲ受タルコトアリ即チ内亂又ハ暴動

等ノ場合ニ內國人ハ其身體財産ニ受ケタル損害ニ對シテ政府ヨリ何等ノ賠償ヲモ受タルコトナキヲ以テ原則トスルニモ拘ハラヌ外國人カ斯ル不可抗力ニ因リテ其身體及ヒ財産上ニ損害ヲ被リタル場合ニ於テモ其本國政府ハ外交上ノ方法ニ因リテ此等ノ損害ノ發生シタル地ノ政府ヨリ相當ノ賠償ヲ受タルヲ以テ國際法上ノ慣例トモリ此點ハ外國人ハ却テ內國人ヨリモ厚キ保護ヲ受タルモノト謂フヘシ最近ノ例ハ北清事件ノ如シ蓋シ國民ハ其國家ノ一員ナレハ其國家ノ不幸ハ即チ國民ノ不幸ニシテ國民ノ不幸ハ又國家ノ不幸ナリ故ニ其同危險ヲ負擔スルニ基クモノナリ

第三 良心又ハ信義ノ自由言論著作ノ自由集會結社ノ自由精神上ノ三大自由此等ノ自由ニ付テモ外國人ハ內國人ト同一ノ保護ヲ享有スルヲ以テ原則トス信義ノ自由ニ付テハ條約上ニ之ヲ擔保セリ外國人ハ當ニ信義ノ自由ヲ有スルノミナラス併セテ公私ノ禮物ヲ行ヒ又宗教上ノ慣習ニ從ヒテ埋葬ヲ爲スコトヲ得ルナリ此等ノ事ヲ條約ニ規定スルコトハ文明國間ニ在リテハ當然ノコトニシテ散テ之ヲ規定スルノ必要ナキモ尙ホ注意ノ爲メニ之ヲ擔保スルモノ

ナリ殊ニ東洋ト西洋トノ如ク宗教及ヒ風俗ヲ異ニセル國民間ニ於テハ斯ル規定ヲ設クルモ亦必要ナルヘシ然レトモ如何ナル場合ニ於テモ外國人ハ此等ノ自由ニ關シテ我國ノ法律命令及ヒ其他ノ規則ニ從フヘキハ論ヲ埃タサルナリ即チ信教ノ自由ハ憲法ノ保障スル所ナルモ若シ公ノ秩序ニ反スル宗教ナレハ之ヲ禁止シ其布教者ハ之ヲ國外ニ放逐スルコトヲ得留ホ明治三十二年七月内務省令第四十一號宗教宣布ニ關スル届方ヲ參照スヘシ

又思想ノ自由即チ言論著作ノ自由ニ付テモ外國人ハ內國人ト同一ノ保護ヲ享有スルモノナリ新聞紙條例及ヒ出版法及ヒ著作權法參照即チ新聞紙條例第六條ニ依レハ年齡滿二十歲以上ニシテ帝國内ニ居住スル者ハ發行人編輯人及ヒ印刷人ト爲ルコトヲ得舊條例ニハ外國人ハ新聞紙ノ發行人編輯人印刷人ト爲ルヲ禁シタリシモ明治三十二年七月一日ヨリ改正法ニ依リテ外國人ハ我國ニ居住スル以上ハ內國人ト同一ノ自由ヲ有スルナリ此等ノコトハ我國カ外國人ニ最モ寛大ナル自由ヲ與ヘタリ唯東京橫濱神戸ニ於ケル發行者ニハ保證金ヲ増シ間接ニ之ヲ制限シタリ我國ニハ外國人ノ發行スル新聞ハ甚タ尠シ故ニ斯

ル寛大ニ出テタルナルヘシ歐米各國ニ於テハ必スシモ我國ト同一ノ自由ヲ與フルモノニ非ス例ヘハ佛國ノ如キハ千八百八十一年ノ新聞紙條例ニ依リテ外國人ハ佛國ニ於テ居住スル場合ニ於テモ尙ホ且新聞紙及ヒ定期刊行物ノ發行人又ハ編輯人ト爲ルコトヲ得サルナリ

外國人モ亦集會結社ノ自由ヲ享有スルモ政談集會ノ發起人タルコトヲ得ス即チ舊集會政社法第五條第七條現行治安警察法第六條又同時ニ政談集會ニ於テ演說ヲ爲スコトヲ得ス又政社ノ會員タルコトヲ得ス此等ノ制限ハ固ヨリ當然ノ事ニシテ外國人ハ後ニモ違フルカ如ク我國ニ於テ參政權ヲ享有スル者ニ非サルカ故ニ妄ニ我國ノ政策ニ關シテ政談ヲ爲スヘキ自由ヲ與フヘキモノニ非サレハナリ又一般ノ結社ニ付テハ固ヨリ自由ニシテ內國臣民ト同一ノ保護ヲ受ケタリ然レトモ多數ノ國ニ於テハ勞働者職工ノ同盟組合ニハ外國人ノ加入スルコトヲ禁止シ若クハ制限セリ而シテ我國ニ於テモ將來斯ル必要ヲ生シタルトキハ自由ニ之ヲ制限スルコトヲ得ルハ勿論ナリ

第四 營業ノ自由 現今ノ文明諸國ニ於テハ所謂營業ノ自由ナル原則一般ニ

行ハレ各商人ハ皆其欲スル所ノ業ヲ何レノ土地ニ於テモ營ミ得ルコトヲ以テ原則トス然レトモ外國人ニ付テハ斯ク一般ニ概論スルコトヲ得サルナリ抑モ廣義ニ於ケル營業ハ製造工業販賣業運送業等商法ノ支配ヲ受クヘキ商業ノミナラス尙ホ其他ノ業務若クハ職業ヲモ包含スルモノトス今左ニ之ヲ細別シテ説明セントス

(一) 普通ノ商工業 特別ノ免許又ハ一定ノ資格ヲ要スル者ノ外ハ外國人モ亦內國人ト同シク總テノ商工業ヲ營ミ得ルモノナリ殊ニ此點ニ付テハ近世ノ通商條約ニ於テ明カニ之ヲ規定スルヲ以テ例トス我國ト歐米諸國トノ條約ニ於テモ亦之ヲ明カニ規定セリ例ヘハ日英條約第三條日佛條約第四條等ノ如シ此等ノ規定ニ依レハ外國人ハ製造業及ヒ手工業ニ從事シ又ハ各種ノ製産物及ヒ製造品ヲ卸賣又ハ小賣スルコトヲ得ルナリ又之ヲ爲スカ爲メニ土地家屋ヲ借入ルルコトヲモ得ルナリ一言ニシテ之ヲ蔽ヘハ外國人ハ我國ニ於テ各種ノ製造業及ヒ商業販賣營業ヲ自由ニ營ムコトヲ得ルナリ唯前モ述ベタル如ク特ニ政府ノ免許又ハ認可ヲ要スル營業ハ例外ニシテ彼ノ買屋取締法古物商取締

法銃砲火藥類取締法藥品營業賣藥營業等ニ關シテハ外國人カ營ミ得サルコトヲ明言セスト雖モ之ヲ許可スルト否トハ當局官廳ノ權内ニ在リトス從來ノ慣例上外國人ハ斯ル營業ニ從事セシメサルヲ以テ原則トス

(二) 銀行營業 銀行營業ニ付テハ外國人ハ我國ニ於テ之ヲ營ミ得ルコトハ我國ノ銀行條例及ヒ銀行條例施行細則第三條ニ規定スル所ナリ又從來居留地ニ於テ銀行業ヲ營ミタル外國人又ハ外國會社カ條約實施後之ヲ繼續シテ營業セント欲スルトキハ銀行條例施行細則ニ從ヒテ大藏大臣ノ認可ヲ受クヘキモノトス明治三十二年六月大藏省令第三十號但外國人ハ國立銀行ヲ創立スルコトヲ得ス國立銀行條例第一條又政府ノ直接監督ニ係ル銀行即チ日本銀行正金銀行勸業銀行臺灣銀行農工銀行其他之ニ類スル銀行ハ外國人ノ設立ニ關係スルコトヲ得サルナリ或ハ條約上ノ權利トシテ此等ノ權利ヲモ外國人ニ許ササルヘカラストノ議論ヲ爲シタル者アルモ正當ノ解釋ニ非ズ

(三) 保險營業 保險營業ニ付テハ外國人又ハ外國會社カ日本ニ支店ヲ設ケテ保險業ヲ營マント欲スルトキハ代表者ヲ定メテ農商務省ノ免許ヲ申請スルコ



トヲ要ス農商務省ハ其必要ヲ認ムルトキハ相當ノ金額ノ供託ヲ命スルコトヲ得又若シ之ヲ供託セシメタルトキハ我國ニ於ケル保險契約者被保險者及ヒ代理店ニ對スル一般ノ債權者ハ此供託金ノ上ニ優先權ヲ有スルモノナリ而シテ外國保險會社ハ明治三十三年法律第六十九號保險業法第百十五條及ヒ明治三十三年九月勅令第三百八十號外國保險會社ニ關スル勅令トニ依リ明治三十三年十一月十五日ヨリ我國ニ於テ營業ヲ爲スコトヲ得ルニ至レリ尙ホ今日ノ實際上ニ於テハ亞米利加ノ一生命保險會社ノミ此免許ヲ得タルナリ外國保險會社ニ付テハ條約上何等ノ規定ナキヲ以テ之ヲ許否スルハ自由ニシテ殊ニ保險營業ハ政府ノ監督ヲ要シ就中生命保險會社ノ如キハ一種ノ貯蓄銀行ノ性質ヲ有シ保險權利者ハ數十年ノ後ニ於テ始メテ保險金ノ支拂ヲ受クヘキモノナルカ故ニ最モ信用ノ確實ナルコトヲ要シ且內國保險會社ノ發達ヲ保護スルコトヲ要スルカ故ニ外國保險會社ニ濫ニ我國ニ於テ營業スルコトヲ許可スルカ如キハ最モ慎重マサルヘカラス予置ハ外國保險會社ノ營業制限ノ甚タ寛大ニ失シタルコトヲ惜マス

(四) 運送營業

運送營業ニハ海上運送ト陸上運送トノ二種アリ陸上運送營業

ノ機關ハ今日ニ於テハ其重ナルモノハ鐵道ニシテ海上運送營業ノ機關ハ專ラ船舶ノミナリ鐵道ハ運送ノ機關タルト同時ニ國家ノ公道ニシテ又國防ニ關スルヲ以テ之カ布設ハ官設ヲ主トシ私設ヲ認可スル場合ニ於テモ外國人ニハ鐵道布設ノ權ヲ與ヘス外國人ハ通常條約上ノ特別ノ付與ニ依リテ其權利ヲ取得スルニ非ナレハ縱令其國ノ鐵道布設法ノ明文ニ於テ外國人ヲ除外シタルコト明白ニ非スト雖モ此一事ヲ以テ其反對解釋ヲ爲シ鐵道布設權ヲ享有スルモノト解釋スルコトヲ得ス我國ノ鐵道布設法及ヒ明治三十三年法律第六十四號私設鐵道法等ニ於テハ外國人ニ關シテ何等ノ明言スル所ナキモ此等ノ權利ハ外國人ノ享有スヘキモノニ非スト解釋スルヲ當然ナリト信ス

海上運送營業ニ付テハ外國人ト內國人トノ間ニ一大區別アリ通常內國ト外國トノ間ノ海上運送ニ付テハ外國人ハ內國人ト同一ノ保護ヲ受クルモノニシテ條約ニモ亦之ヲ規定シテ內國ノ船舶ニ與フル總テノ利益特權保護獎勵金等ヲ均霑スルモノト爲セリ例ヘハ日獨條約第十條第十一條日英條約第八條第九條

等ニ依リテ明カナリ然レトモ此ハ例外アリ即チ遠洋航海獎勵法ニ規定セラル航海獎勵金ハ日本船舶ニ限リ之ヲ受クルコトヲ得ルモノニシテ外國船舶ハ此特典ニ浴スルコトヲ得ス

然ルニ沿岸貿易コースチングブレイドニ付テハ何國ニ於テモ之ヲ内國人ノ特權ト爲セリ但白耳義國ニ於テハ其沿岸僅少ナレハ外國人ニモ亦沿岸貿易權ヲ與ヘリ我國ニ於テハ沿岸貿易ハ外國人ニ之ヲ許ササルヲ以テ原則トスルモ從來ノ慣例ニ依リテ横濱神戸長崎及ヒ函館間ノ海上運送業ハ猶ホ今日ニ於テモ自由ニ外國人ニ之ヲ許セリ例ヘハ日英條約第十一條第三項ニ於テ但シ「日本國政府ハ本條約ノ期間内是迄ノ通り大不列顛國船舶ヲ帝國ノ現開港場間ニ積荷ヲ運搬スルコトヲ許スコトヲ承諾ス尤大阪新潟及ヒ夷港ハ此限ニ在ラストスルカ如シ」

外國ノ船舶ハ右條約ノ規定ノ外ハ我國ノ範圍ニ屬スル各港灣ノ間ニ於テ貨物又ハ乘客ノ運送ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ是レ明治三十二年法律第四十六號船舶法第三條ニ明カニ規定スル所ナリトハ是迄ノ二條ニ於テ已ニ明カニ規定

報

○流抵當契約

所謂流質ノ契約ヲ禁スヘキヤ否ヤニ付テハ立法上ノ問題トシテハ頗ル議論アル所ニシテ我民法ノ起草者並ニ調査委員ノ多數ハ之ヲ禁スルノ理由ナキモノト認メ民法ノ原案ニハ之ヲ禁制ノ條文ナカシヲ衆議院ニ於テ現行法タル第三百四十九條ヲ挿入シテ質權設定者ハ設定行爲又ハ債務ノ辦濟期前ノ契約ヲ以テ流質ヲ爲スコトヲ禁スルニ至リタルモノナリ然ルニ抵當權ニ付テハ新規定ヲ存セサルカ故ニ其設定行爲又ハ債務ノ辦濟期前ノ契約ヲ以テ抵當權者ニ辦濟トシテ其抵當物ノ所有權ヲ取得セシメ其他法律ニ定メタル方法ニ依ラスシテ抵當物ヲ處分スルコトヲ約スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ議論ノ餘地ナシトモ此點ニ關シ此度大審院ハ判決ヲ下シテ曰ク「原判決ノ認ムルカ如ク借用金ノ辦濟力其期限ヲ失シタルトキニハ直チニ質買ノ效力ヲ確定セシムルコトヲ當事者間ニ於テ豫メ約定セタルモノト爲ストキハ恰



四ノ一圓以上三百圓以下ノ贖金ヲ納メシメ其執行ニ充ツルコトヲ得

(通也) 本條ハ最モ新斷ナル法理ニ依據シテ設ケタル規定ニ屬ス蓋シ自由  
刑ヲ金刑ニ換フルコトハ爾來學者ノ非難スル所ニシテ一見刑法ノ目的ニ  
背馳スル點ナキニアラスト雖モ亦必ラスレモ然ラサルモノアリ此種ノ法  
制ヲ認ムル實益ハ主トシテ輕微ナル罪ヲ輕シタル外國ノ水夫ニ付キテ在  
ス僅ニ數日ノ拘留ニ處セラル可キ罪ヲ輕シ其執行シタルニ因リ其業  
船ハ既ニ出帆シタリ而カモ實力ノ以テ其本國ニ歸航ス可キモノナリ即チ  
比較的ニ必要ノ場合ナルニ拘ハラス自由刑ヲ執行シタル結果ハ其業船ヨ  
リ謂ヘハ必要ナル水夫ヲ失フコトト爲ル可ク其水夫ヨリ謂ヘハ本國ニ歸  
航スル機會ヲ奪フコトト爲ル可ク帝國ヨリ謂ヘハ一個浮浪ノ無常業者ヲ  
滞在セシムルコトト爲ル可シ其自由刑ヲ金刑ニ換フルハ實ニ何等ノ害際  
ナキノミナラス又幾多ノ利益アリ是ヲ以テ近時進歩セル法理ハ漸ク此種  
ノ法制ヲ歡迎セントスル傾向ヲ呈シタリ改正案ハ此傾向ニ違ヒ新法制ヲ  
輸入シタルモノトス然レトモ此法制ハ畢竟刑法上ノ除外例タルヲ免レサ  
ルヲ以テ成ル可ク其適用ヲ必要ノ程度ニ止メサル可カラズ即チ本條ニ於  
テハ拘留又ハ三月以下ノ懲役又ハ禁錮ニ處セラレタル者ナルコト一圓以  
上三百圓以下ノ贖金ヲ納メシムルコト及ヒ其許與ハ一ニ列事ノ判斷ニ任  
スルコトノ制限ヲ付シタリ

右の如く規定す  
一圓以上三百圓以下ノ贖金ヲ納メシメ其執行ニ充ツルコトヲ得  
上三百圓以下ノ贖金ヲ納メシムルコト及ヒ其許與ハ一ニ列事ノ判斷ニ任  
スルコトノ制限ヲ付シタリ

因リ一圓以上三百圓以下ノ贖金ヲ納メシメ其執行ニ充ツルコトヲ得  
 (理也) 本條ハ最モ斬新ナル法理ニ依據シテ設ケタル規定ニ屬ス蓋シ自由  
 刑ヲ金刑ニ換フルコトハ爾來學者ノ非難スル所ニシテ一見刑法ノ目的ニ  
 背離スル觀ナキニアラスト雖モ亦必ラスシモ然ラサルモノアリ此種ノ法  
 制ヲ認ムル實益ハ主トシテ輕微ナル罪ヲ犯シタル外國ノ水夫ニ付キテ存  
 ス僅ニ數日ノ拘留ニ處セラル可キ罪ヲ犯シ其執行シタルニ因リ其乘  
 船ハ既ニ出帆シタリ而カモ實力ノ以テ其本國ニ歸航ス可キモノナシ即チ  
 比較的 unnecessary 場合ナルニ拘ハラス自由刑ヲ執行シタル結果ハ其乘船ヨ  
 リ謂ヘハ必要ナル水夫ヲ失フコト爲ル可ク其水夫ヨリ謂ヘハ本國ニ歸  
 航スル機會ヲ奪フコト爲ル可ク帝國ヨリ謂ヘハ一個浮浪ノ無常業者ヲ  
 滞在セシムルコト爲ル可シ其自由刑ヲ金刑ニ換フルハ實ニ何等ノ害弊  
 ナキノミナラス又幾多ノ利益アリ是ヲ以テ近時進歩セル法理ハ漸ク此種  
 ノ法制ヲ歡迎セントスル傾向ヲ呈シタリ改正案ハ此傾向ニ違ヒ新法制ヲ  
 輸入シタルモノトス然レトモ此法制ハ畢竟刑法上ノ例外例ナルヲ免レサ  
 ルヲ以テ成ル可ク其適用ヲ必要ノ程度ニ止メサル可カラズ即チ本條ニ於  
 テハ拘留又ハ三月以下ノ懲役又ハ禁錮ニ處セラレタル者ナルコト一圓以  
 上三百圓以下ノ贖金ヲ納メシムルコト及ヒ其許與ハ一二件事ノ判斷ニ任  
 スルコトノ制限ヲ付シタリ

(注 意) 校外生月納付ノ際ハ必ス本紙ヲ切抜キ住所氏名及爲替番號金額並ニ學年別  
 月納ノ月別若クハ何月分ヨリ何月分迄ノ記入シ爲替券ニ添附スルモノトス

納 付 書

爲替番號( )

一金

但第 學年 月分月納

右納付候也

居所

明治三十五年

月 日

和佛法律學校會計局御中

納 付 書

爲替番號( )

一金

但第 學年 月分月納

右納付候也

居所

明治三十五年

月 日

和佛法律學校會計局御中

校外生規則摘要

講義録ヲ分テ第一學年、第二學年、第三學年ノ三部トス

講義録ノ掲載科目左ノ如シ

- 第一學年 法學通論、民法(第一編及第二編第六卷マテ)、刑法(總論)、憲法、國家公法、經濟學
- 第二學年 民法(第三編)、刑法(第一編、第二編、第三編)、刑法(特別刑法)、民法(債權法第一編第二編、第二編第三編)
- 第三學年 民法(第二編第七卷以下、第四編第五卷)、民法(第五編)、民事訴訟法(第三編以下)、破産法、行政法、國際私法

講義録ハ毎月六回左ノ期日ニ發行ス

- 第一學年 五日、二十日、第二學年 十日、廿五日、第三學年 十五日、三十日但二月ニ限リ來日

校外生ハ何時ニテモ入學スルコトヲ得

一 月謝金左ノ如シ

- 第一學年 金三十圓、第二學年 金四十圓、第三學年 金五十圓、全學年 金一圓

一 月謝ニ郵便爲替、銀行小切手、通運早速便ヲ

以テ東京市麹町區富士見町六丁目十六番地和佛法律學校會計局宛ニテ送付スヘシ

明治三十五年二月十四日印刷  
明治三十五年二月十五日發行

(定價金參拾錢)

東京市牛込區東横町十七番地

編輯者

堀田久次郎

東京市牛込區矢來町三番地

印刷者

小宮山信好

東京市芝區西ノ久保町十一番地

印刷所

金子源版所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省  
指定

和佛法律學校

電話番町百七十四番

明治三十二年十二月九日内務省許可  
明治三十四年十一月十四日第三號郵政特准認可